



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

PRISCILA ALBUQUERQUE VIEIRA DE MELLO

A MOTIVAÇÃO NA DISPENSA DE EMPREGADOS PÚBLICOS

Brasília

2015

PRISCILA ALBUQUERQUE VIEIRA DE MELLO

A MOTIVAÇÃO NA DISPENSA DE EMPREGADOS PÚBLICOS

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Rodrigo Augusto Lima de Medeiros.

Brasília

2015

PRISCILA ALBUQUERQUE VIEIRA DE MELLO

A MOTIVAÇÃO NA DISPENSA DE EMPREGADOS PÚBLICOS

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Rodrigo Augusto Lima de Medeiros.

Brasília _____ de _____ de 2015

Banca Examinadora:

Rodrigo Augusto Lima de Medeiros
Orientador

Examinador (a)

Examinador (a)

AGRADECIMENTOS

*Ao meu Senhor Jesus Cristo, razão da
minha existência, motivo da minha
alegria. Minha inspiração e meu Mestre.*

*A minha amada família pelo apoio de
sempre.*

*Ao meu namorado pelas orações e pelo
companheirismo*

*Ao querido professor Luis Fernando
Cordeiro pela inestimável paciência e
auxílio.*

*Ao meu orientador Rodrigo Medeiros
pela compreensão e disposição.*

A Deus toda glória.

*“Um pouco de ciência nos afasta de
Deus. Muito, nos aproxima.”*

Louis Pasteur, 1957.

RESUMO

A tese do presente trabalho consiste na motivação do ato de dispensa de empregados públicos, temática esta já amplamente discutida e objeto de inúmeras divergências não apenas nos tribunais, mas também na seara do Poder Legislativo brasileiro. A necessidade de motivar os atos de dispensa foi questionada no início da década de 90 quando o governo brasileiro ratificou e posteriormente denunciou o Tratado Internacional Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho; desde então, muito se discute sobre este assunto. Há concepção de que os empregados públicos devem se submeter ao regime trabalhista próprio dos empregados privados, sem distinções, conforme art. 173, §1º, II da Constituição Federal. Diante disso, não haveria o que se discorrer sobre obrigatoriedade de fundamentação de ato de dispensa, visto que essa necessidade estaria restrita aos servidores públicos, titulares da garantia de estabilidade, estatutários e regidos pela Lei 8112/90. Além disso, para essa corrente de entendimento, tal imposição ocasiona impactos econômicos e prejudica a concorrência da estatal frente às demais empresas privadas. Contudo, há aqueles que compreendem de modo diverso. A exposição dos fatos e direitos faz-se imprescindível visto que seus empregados são integrantes da Administração, que é pública, e, por conseguinte, deve atuar segundo os preceitos a ela impostos, sem distinção quanto a ser Direta ou Indireta. Conforme essa exegese, a motivação da dispensa não caracterizaria estabilidade, pelo contrário, possibilita a aplicação dos princípios oponíveis a toda Administração além de proporcionar maior segurança jurídica a seus administrados. Ao final do presente estudo, há ainda exposição jurisprudencial acerca do tema e os seus impactos no mundo jurídico a partir de então.

Palavras chave: Empregado Público. Motivação. Dispensa. Necessidade. Administração Pública.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 - DOS EMPREGADOS.....	9
1.1 DAS RELAÇÕES DE TRABALHO LATU SENSU	10
1.2. DO EMPREGADO PÚBLICO.....	12
1.2.1 Conceito.....	12
1.2.2. O Regime Jurídico.....	14
1.2.3 O Caráter Híbrido	16
1.2.4 A aparente divergência de tratamento entre estatais prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica	21
CAPÍTULO 2 – DA DISPENSA.....	22
2.1 DAS MODALIDADES DE RESCISÃO	24
2.2 DA DISPENSA DE EMPREGADOS PÚBLICOS COMO ATO ADMINISTRATIVO..	26
CAPÍTULO 3 - A MOTIVAÇÃO NA DISPENSA DE EMPREGADOS PÚBLICOS.....	31
3.1 DO ARTIGO 7º, INCISO I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	32
3.2 A CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT	35
3.3 DA MOTIVAÇÃO	37
3.4 JURISPRUDÊNCIA	43
3.5 A MOTIVAÇÃO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	49
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico analisa a motivação no ato de dispensa de empregados públicos tanto os pertencentes ao quadro de empresas prestadoras de serviços públicos como as exploradoras de atividade econômica. Para o desenvolvimento da temática, foi adotado o método de pesquisa bibliográfica com a utilização de jurisprudências, assim como a análise de casos emblemáticos.

A problemática consiste em verificar como o procedimento demissional de empregados estatais deve ser feito. Os atos de demissão de empregados públicos se equiparam aos de empregados das instituições privadas? Há necessidade de se motivar os atos de dispensa? Qual é o tratamento dispensado pela Constituição Federal às empresas públicas e às sociedades de economia mista e seus empregados? O propósito deste estudo é aclarar tais questionamentos.

O primeiro capítulo expõe acerca das diversas modalidades de trabalho existentes, porém visa conceituar em especial o empregado público. Diante disso, trata do conceito, regime jurídico e peculiaridades desta categoria profissional frente aos demais empregados privados. Embora integrem parte da Administração Direta, faz-se mister destacar que o presente estudo concentra-se nos empregados pertencentes da Administração Indireta, quais sejam de empresas públicas e sociedades de economia mista. Porém a tese apresentada é passível de ser aplicada também àqueles.

O segundo capítulo tem como escopo tratar do ato da dispensa de empregado público: as modalidades existentes conforme classificação doutrinária majoritária e seu caráter *sui generis* como ato administrativo. Além disso, busca conceituar ato administrativo, demonstrar seus elementos e sua relação com a dispensa.

O último capítulo trata da temática central a ser analisada. Inicialmente, busca-se dissertar a respeito do art. 7º, inciso I da Constituição Federal que relata acerca da vedação constitucional de despedida arbitrária ou sem justa causa a ser regulamentada por lei complementar. Em seguida faz-se uma exposição do que foi a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, seu contexto histórico e seus impactos no mundo jurídico.

Ato contínuo, objetiva-se explicar a respeito do que significa motivar os atos administrativos e, em especial, o ato de dispensa de empregados públicos à luz da lei, do entendimento doutrinário e da jurisprudência. Além disso, ao final do capítulo há uma exposição da relação da motivação com princípios constitucionais. Com a apresentação de

situações concretas julgadas sobre este assunto, busca-se aclarar a influência da motivação e sua repercussão.

Dessa forma, verifica-se a abrangência deste estudo em três ramos do Direito: do Trabalho, Administrativo e Constitucional. Com isso, fez-se necessário buscar subsídios em autores consagrados em cada uma destas áreas jurídicas.

Portanto, o escopo deste trabalho é qualificar o empregado público delimitando o seu regime jurídico de maneira a destingi-lo das demais categorias profissionais e em especial ao fim de seu contrato de trabalho. Com o auxílio de exegese de renomados doutrinadores e magistrados, objetiva-se apresentar as divergências doutrinárias existentes de maneira a conduzir o leitor a compreender de maneira mais clara possível a problemática apresentada e a tese defendida.

CAPÍTULO 1 - DOS EMPREGADOS

O significado da palavra “trabalho” deriva do latim “*tripalium*”, o qual remete ao instrumento de três estacas utilizado para tortura e forçar os escravos e animais a aumentarem a produção. Todavia, atualmente o termo adquiriu interpretação diversa, obtendo o conceito de labor, no qual é o “conjunto de atividades produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim”.¹ Diante da extensão de seu significado, o ramo do Direito do Trabalho faz distinções acerca da relação de trabalho e da relação de emprego.

A primeira expressão tem caráter genérico e refere-se a todas as formas juridicamente admissíveis de contratação de trabalho humano. Diante disso, abarcam-se as modalidades do trabalho avulso, eventual, autônomo, abrangendo, portanto, todas as formas de prestação de trabalho existentes na atualidade.

A relação de emprego, por outro lado, consiste na relação jurídica de natureza contratual tendo como sujeitos o empregado e o empregador; e como objeto, o trabalho subordinado, continuado e assalariado. Diante disso, a relação de emprego é uma espécie do gênero da relação trabalhista.

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT –, em seus artigos 2º e 3º², enumerou cinco pressupostos que qualificam a relação de emprego e a distingue da relação de trabalho, quais sejam: trabalho por pessoa física, pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação.

A prestação dos serviços deverá sempre ser realizada por pessoa natural, apenas se admitindo a figura de pessoa física ou jurídica ao empregador. Todavia, para caracterizar a relação de emprego não basta ser realizada por pessoa física, mas deve estar presente o caráter

¹ Instituto Antônio Houaiss, Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2743.

² Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.
§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.
§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.
Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.
Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

personalíssimo, *intuitu personae*, visto que o empregado não pode fazer substituir-se por outrem sem o consentimento do empregador.

O elemento da personalidade não se encontra presente apenas na formação contratual do vínculo empregatício, mas também na sua rescisão. Isso porque com o falecimento do empregado o vínculo não se transmite aos seus sucessores, mas se extingue de forma automática. Ressalta-se que o caráter personalíssimo aplica-se apenas à figura do empregado e não se estende ao empregador, conforme se verifica nos artigos 10 e 448, CLT.³

Além disso, o vínculo trabalhista para ser considerado como relação de emprego deverá ser prestado de forma sucessiva, ou seja, não deve ser caracterizado como esporádico, mas deve ser não eventual ainda que por um curto período de tempo. A ideia de permanência também se verifica junto ao princípio da continuidade da relação de emprego, no qual normativamente se incentiva a relação contratual empregatícia por tempo indeterminado.

O contrato empregatício é sinalagmático, bilateral e oneroso. Com isso, o empregador deve pagar pelos serviços prestados pelos seus empregados, sendo que, em regra, o serviço gratuito descaracteriza a relação de emprego.

O principal elemento caracterizador, contudo, é o caráter de dependência do empregado frente ao empregador. A subordinação jurídica é caracterizada pelo dever do empregado de submeter-se às ordens emanadas de seu empregador, tais como cumprir horários e sujeitar-se às regras de condutas.

1.1 DAS RELAÇÕES DE TRABALHO LATU SENSU

Conforme exposto, a relação empregatícia é uma modalidade da relação de trabalho e decorre da combinação dos cinco elementos jurídicos já elencados. Contudo, existem relações trabalhistas semelhantes socialmente e juridicamente às da empregatícia.

Os **servidores públicos**, regidos pelo regime jurídico de Direito Público, possuem os cinco elementos caracterizadores da relação de emprego, porém são excluídos legalmente dessa relação, visto que o seu regime jurídico não é o mesmo dos demais empregados celetistas. Os servidores são detentores de cargos públicos e não de emprego e seu regime jurídico único é determinado pela Constituição Federal, se distinguindo, portanto, das demais relações trabalhistas *latu sensu*.

³ Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

De maneira semelhante ocorre com os **estagiários**, visto que não se enquadram na relação regulamentada pela CLT, apesar de se encontrarem presentes os cinco pontos caracterizadores (quando o estágio for remunerado). O propósito do estágio é a aplicação prática do que foi ensinado no meio acadêmico com vistas ao aperfeiçoamento profissional do estudante, segundo determina o art. 205 da Carta Magna⁴. Com isso, o empregador também se beneficia, visto que o isenta dos custos que teria em decorrência do vínculo de emprego. Não se trata de uma simulação da relação empregatícia, mas o objetivo educacional coloca-o em outra modalidade de trabalho, sendo regido por lei específica.

O **trabalho eventual** também é uma relação de trabalho que em muito se assemelha à relação de emprego, porém, não se encontra presente o elemento da habitualidade. De fato, apresentam-se os elementos da pessoalidade, onerosidade, subordinação e, é claro, realizado por pessoa física. Todavia, sua principal característica consiste na eventualidade. É o trabalho no qual o prestador de serviços realiza suas atividades sem continuidade, em geral não relacionados às necessidades fixas da empresa, frequentemente a vários empregadores em curto lapso temporal. Dessa forma, há subordinação do trabalhador perante o empregador, porém, por pequeno espaço de tempo.

O **trabalhador avulso** é classificado pela doutrina como espécie de trabalhador eventual, visto que não se fixa a nenhum tomador e presta serviços de forma esporádica. A distinção entre o trabalho eventual do avulso consiste na “circunstância de sua força de trabalho ser ofertada, no mercado específico em que atua (o setor portuário), através de uma entidade intermediária. Esse ente intermediador é que realiza a interposição da força de trabalho avulsa em face dos distintos tomadores de serviço.”⁵

O empregado não se diferencia das demais relações de trabalho em decorrência do conteúdo, ou seja, o tipo de trabalho realizado. A dessemelhança consiste no processo, modo de realizar essa obrigação, qual seja, a prestação de serviço. Com isso, estando presentes os cinco elementos elencados, fica caracterizada a relação de emprego. Dessa forma, são espécies de relações jurídicas empregatícias em sentido estrito, entre outros, o empregado doméstico, o empregado rural e o empregado público, objeto de estudo do presente trabalho.

⁴ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p.356.

1.2. DO EMPREGADO PÚBLICO

A doutrina e jurisprudência ainda se dividem em relação à correta classificação dos empregados públicos e seu enquadramento no mundo jurídico. Apesar de serem regidos pela CLT, não são tratados exatamente da mesma forma que os empregados privados; todavia, também não se enquadram no regime jurídico dos servidores públicos. Dessa forma, muito se discute acerca desse conjunto de direitos e normas a serem aplicadas não só aos empregados, mas principalmente ao empregador que é a Administração Pública.

A gênese de tal divergência é ocasionada pelo fato de o empregador ser o próprio Poder Público. Essa é a principal e essencial diferença que torna necessária classificar de modo diverso os empregados públicos dos demais empregados. Dessa forma, segundo o Ministro Sepúlveda Pertence, “a atividade estatal é sempre pública, ainda que inserida em relação de direito privado e sobre elas irradiando efeitos.”⁶. Diante do exposto, faz-se necessário explanar o conceito de empregado público, a fim de adentrar na problemática apresentada neste trabalho.

1.2.1 Conceito

A Administração Pública, ente sem personalidade jurídica que representa a vontade do Estado, é conceituado pela doutrina no sentido subjetivo, formal ou orgânico pelo conjunto de entidades, órgão e agentes que realizam a atividade administrativa ou pelo sentido objetivo, material ou funcional como as atividades que realiza. Além disso, doutrinariamente é dividida em entidades políticas (administração direta) e entidades administrativas (administração indireta).

A Administração Direta compreende pelo conjunto de órgãos interligados na estrutura administrativa dos entes políticos, quais sejam União, Estados, DF e Municípios e que desempenham suas atividades de modo centralizado. Por outro lado, a Administração Indireta corresponde ao conjunto de entes com personalidade jurídica própria na qual exercem

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 21.109 DF*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data de Julgamento: 08/05/1991. Data de Publicação: DJ 19/02/1993. Disponível em: <stf.jusbrasil.com.br/jurisprudência/14710177/mandado-de-seguranca-ms21109-df> Acesso em: 18 setembro 2014

suas atividades de forma descentralizada, quais sejam: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.⁷

Diante disso, empregado público é todo aquele contratado pela Administração Pública direta ou indireta, por intermédio de concurso público, para exercer função pública em caráter não eventual e personalíssimo, sob o regime celetista e cujo salário é pago pelo Erário Público.⁸

Os empregados públicos são uma espécie dentro do gênero “agentes públicos”, este último definido por Carlos Antonio Bandeira de Mello como “(...) sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”.⁹ Dessa forma, parte da doutrina os subdividem em cinco espécies: agente político, agente honorífico, agente delegado, agente credenciado e agente administrativo, no qual este último se subclassifica ainda em: servidor público, servidor temporário e empregado público.

Por serem integrantes da Administração Indireta, os empregados públicos se subordinam ao capítulo VII da Carta Maior e os princípios elencados. Diante disso, em vários dispositivos, ao reportar-se acerca do regime jurídico único, a Constituição refere-se a empregos e cargos públicos, além de classificar em sentido amplo como “servidores” ambas as categorias mencionadas. Isto posto, faz-se necessário explanar o significado destas expressões.

Celso Antonio Bandeira de Mello assinala que:

“Cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei”.¹⁰

Já a respeito do conceito de emprego público, o referido autor esclarece que “(...) são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista, como, aliás, prevê a Lei 9.962, de 22.2.2000.”¹¹

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 156.

⁸ CORDEIRO, Luis Fernando. *Empregado Público – dispensa imotivada*. E-Book. 2014. p. 6. Disponível em < https://www.clubedeautores.com.br/book/162061--Empregado_Publico#.UzM6g_IdX3F > Acesso em: 25 março 2014.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 249.

¹⁰ MELLO, op. cit, p. 259.

¹¹ Ibidem, p 260.

Diante disso, verifica-se que a expressão “servidor público” é utilizada ora em sentido amplo, no qual abrange aqueles ocupantes de cargo e emprego público da administração direta e indireta, e ora aplica-se em sentido estrito em que abrange apenas os ocupantes de cargo público excluindo as entidades de direito privado.

Destarte as diferenças mencionadas, destaca-se que tanto os servidores públicos em sentido estrito quanto os empregados públicos se submetem aos princípios e normas elencadas no art. 37 e seguintes da Constituição Federal indistintamente. Diante disso, faz-se importante explanar acerca do regime jurídico e o caráter peculiar dos empregados públicos – objeto de estudo do presente estudo.

1.2.2. O Regime Jurídico

As empresas estatais, termo que designa as empresas públicas e sociedades de economia mista, são integrantes da Administração Indireta, também chamada de Descentralizada, e assumem a forma de pessoa jurídica de Direito Privado; todavia, não se restringem ao regime jurídico exclusivo das empresas privadas.

Por serem entidades que atuam como auxiliares do Poder Público, as estatais podem atuar na atividade de prestação de serviços públicos ou exploração de atividade econômica, com ressalvas para este último estipuladas no art. 173 da Constituição Federal para ser exercida quando presentes motivos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Com vistas a evitar a aferição de vantagens econômicas e o desequilíbrio no mercado, o legislador constituinte determinou no art. 173, §1º, II da Lei Maior¹² a sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista ao mesmo regime jurídico próprio das empresas privadas. Todavia, a interpretação desse dispositivo deve-se dar de acordo com exegese fundamentada no sistema jurídico em geral, analisando o contexto, a fim de se atingir a intenção do legislador referente ao regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista.

As estatais são instrumentos de ação do Estado, auxiliares do Poder Público, no qual visa a interesses supremos do que o exclusivamente privado. O Estado as criará quando

¹² Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

“assim lhe parecer conveniente à consecução do interesse público, bem como fixará as atividades que justificam sua existência e das quais, portanto, não poderão se afastar”.¹³ É com base neste preceito que a lei determina que a maior parte do capital acionário das sociedades de economia mista seja governamental. Isto porque o Estado busca ter o controle total sobre sua administração, sem que tenha de dividir o poder de decisão com particulares.¹⁴

A essência das empresas estatais consiste em seu caráter de serem colaboradoras do Estado. Como o escopo dessas entidades governamentais é nitidamente distinto dos objetivos privados, visto que buscam o bem-estar coletivo e o interesse público ao invés do proveito singular, próprio dos particulares, verifica-se o abismo existente entre as empresas públicas e sociedades de economia mista das demais instituições de Direito Privado. Dessa forma, assim como há diferenças de objetivos, também há quanto ao regime jurídico. Caso contrário, se não houvesse distinção entre tais entidades públicas e privadas, haveria implicações quanto suas funções e finalidade, podendo comprometer o interesse público.

Durante muito tempo, conforme apresentado por Celso Antonio Bandeira de Mello, buscou-se equiparar as estatais, ressalvadas disposições expressas da lei, às pessoas jurídicas de Direito Privado. Por conseguinte, tais entidades foram dispensadas do dever de licitar e livres de qualquer fiscalização pelos Tribunais de Contas. Isso proporcionou, não obstante, gastos voluptuosos de verbas públicas sem o devido controle, além da infringência do princípio da supremacia do interesse público sob o particular.¹⁵

A diferença no regime jurídico existente entre as empresas privadas e as estatais consiste não apenas em assegurar sua eficiência, mas também a limitar o poder de seus governantes e administradores de forma a assegurar o interesse público e a relação entre os administrados e o Poder Público. As entidades que recebem recursos totais ou parciais de fontes públicas devem ser submetidas à fiscalização tanto da destinação das verbas públicas quanto dos direitos de seus administrados, sempre com vistas à sua atuação impessoal e isonômica.

Assim sendo, a Carta Magna submeteu as empresas públicas e sociedades de economia mista a preceitos específicos que não se estendem às pessoas de Direito Privado. Com isso, verifica-se o caráter híbrido dessas entidades e a necessidade de um tratamento específico e, por conseguinte, de um regime jurídico diferenciado.

¹³ SILVEIRA, Verena Sapucaia Da. *Demissão*: Da impossibilidade de dispensa desmotivada de empregados públicos das empresas estatais. Janeiro/Fevereiro, Ano XV, Número 91. 2012.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 198.

¹⁵ MELLO, op. cit., p. 200.

1.2.3 O Caráter Híbrido

Às empresas estatais e seus empregados é dado tratamento peculiar pela Constituição Federal, visto que ora têm tratamento semelhante aos servidores públicos, ora são equiparados aos empregados privados.

Dessa forma, apesar de exercerem atividades tipicamente de direito privado, tais empresas sofrem incidência do Direito Administrativo e dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Direta em decorrência do caráter e interesse público que as envolve, tornando-as, inclusive, entidades de direito público.¹⁶

Segundo entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF, Ricardo Lewandowski, em acórdão proferido de Recurso Extraordinário, RE 589998/PI, o regime jurídico das estatais, sejam exclusivamente ou preponderantemente prestadoras de serviços, não se igualam aos da iniciativa privada, visto que aquelas sofrerem restrições não oponíveis a estas, com escopo de atender o interesse público.¹⁷

No entanto, para parte da doutrina e jurisprudência, o caráter híbrido aplica-se apenas às estatais prestadoras de serviço público, por se dedicarem ao desempenho da atividade pública, diferentemente do que se entende com relação às empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, o qual para essas aplicar-se-ia integralmente o regime jurídico de direito privado.

Conforme esclarece o professor Hely Lopes Meireles, ainda que “criada para a execução de determinada atividade econômica, a empresa governamental deverá atender a um interesse público, pois caso contrário há vedação constitucional expressa a essa interferência na esfera que é reservada ao setor privado”.¹⁸

Para Marçal Justen Filho, “empregado público é a pessoa que desempenha a função de órgão estatal submetida ao regime de direito de trabalho, com as modificações próprias do regime de direito público”.¹⁹ Dessa forma, as estatais, mesmo que regidas pelo CLT, devem ter como escopo sempre o bem comum. Além disso, pelo próprio conceito verifica-se a

¹⁶ MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2ª Ed. Ver. e ampl. Belo Horizonte, 2004, p. 225.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 589.998. Plenário. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Recorrido: Humberto Pereira Rodrigues. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 mar. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>>. Acesso em: 20 agosto 2014.

¹⁸ FERRO, Marlúcia Lopes. *O devido processo legal na dispensa do empregado público: com abordagem da Lei n. 9.784 de 29.01.1999*. São Paulo: LRT, 2009. p.24.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 672.

necessidade do agente público se submeter aos princípios tanto do direito do trabalho como os de direito público.

Caso assim não fosse, não haveria sentido e seria inconstitucional se as estatais fossem instituídas pelo Estado por intermédio de lei específica com vistas a atingir exclusivamente interesses privados de seus dirigentes com vistas a buscar de forma insaciável o lucro. Por serem integrantes da Administração Pública e representarem os interesses do Estado, torna-se vedado afastar a supremacia do interesse público pro a interesses particulares.

Cumprir destacar que os atos de gestão praticados por agentes estatais e qualificados pela ausência do exercício do poder de supremacia da administração se submetem inclusive ao controle da legalidade, conforme se pode constatar na exigência de instauração de licitação pública e concurso público determinados pela Lei Maior.

Diante disso, tanto as empresas governamentais prestadoras de serviços públicos, como as exploradoras de atividade econômica devem se sujeitar aos limites, princípios e fiscalização aplicáveis aos órgãos da Administração Direta, já que as estatais atuam como auxiliares do Poder Público e seus interesses transcendem aos meramente privados.

Corroborando com esse entendimento, o Ministro Vieira de Mello Filho do Tribunal Superior do Trabalho – TST - em sentença proferida sobre deste tema, elucidou que:

“É certo que as sociedades de economia mista e as empresas públicas exploradoras de atividade econômica, apesar de ostentarem natureza jurídica de direito privado, submetem-se a um regime jurídico híbrido. (...) o regime das empresas estatais não coincide integralmente com o das empresas privadas, inclusive quanto às normas trabalhistas.”²⁰

À vista disso, as estatais situam-se de modo intermediário entre as entidades de direito público e as instituídas por particulares de direito privado, visto que possuem qualidades próprias do regime jurídico de direito comum e do regime jurídico administrativo cumulativamente. Diante disso, mister se faz ressaltar os dispositivos constitucionais que explicitam o caráter de direito público das empresas estatais, apesar de serem qualificadas

²⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. *RR - 21140-52.2006.5.10.0010*. Recorrente: Jose Antonio Maciel de Barros. Recorrido: RADIOBRÁS - Empresa Brasileira de Comunicação S.A. Relator: Vieira de Mello Filho. Brasília, 25 de novembro de 2014. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=21140&digitoTst=52&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0010>>. Acesso em: 7 abril 2015.

como entidades de direito privado, sem que haja qualquer distinção quanto a natureza de prestadoras de serviços públicos ou de atividades econômicas.²¹

Em primeiro lugar, verifica-se o caráter híbrido no primeiro artigo de que trata acerca da Administração Pública - art. 37, *caput*, da Constituição Federal²² – o qual submete tanto a Administração Direta quanto a Indireta aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além disso, a lei 9.784/99, que regula o processo administrativo, estende tanto a Administração Direta quanto a Indireta, de forma indistinta, a submissão a outros princípios tais como: motivação, segurança jurídica, finalidade, interesse público e eficiência.

O inciso II do art. 37 da Lei Maior²³ determina o concurso público de provas ou de provas e títulos como pressuposto para a investidura em cargos ou empregos na Administração Pública direta e indireta.

O inciso XVII²⁴ amplia a proibição de acúmulo de cargos públicos expressa no inciso XIV²⁵ do citado artigo a empregos e funções públicas nas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações.

O inciso XIX²⁶ reza que somente será autorizada a instituição de empresa pública e sociedade de economia mista por lei específica. Além disso, a criação de subsidiárias e a sua participação em empresa privada depende de autorização legislativa, conforme inciso XX.²⁷

O art. 49, X, da Lei Maior²⁸ determina ser competência exclusiva do Congresso Nacional fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

²¹ Para tanto, vale-se da esquematização realizada por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO em MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 205 – 207.

²² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

²³ II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

²⁴ XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

²⁵ XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;

²⁶ XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

²⁷ XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

²⁸ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

O art. 71, II²⁹ determina que o controle externo será exercido pelo Tribunal de Contas da União – TCU, o qual deve julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, inclusive. No inciso III do citado artigo, a Constituição determina que compete ao TCU apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal tanto da administração direta quanto da indireta.

O art. 165, §5º³⁰ reza que a lei orçamentária anual compreenderá o orçamento fiscal referente a órgão e entidades da administração direta e indireta e ainda compreenderá o orçamento de investimento das empresas em que a União detenha a maioria do capital social com direito a voto.

A exposição destes preceitos constitucionais revela que o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, sejam exploradoras de atividades econômicas ou prestadoras de serviços públicos, não é equivalente às das empresas privadas. É notório que os dispositivos supramencionados integram um regime jurídico peculiar que não se enquadra às pessoas jurídicas de Direito Privado.

A Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, de que trata acerca da falência, recuperação judicial e extrajudicial do empresário e sociedade empresária, preceitua em seu art. 2º que essa norma não se aplica às empresas públicas e sociedades de economia mistas. Tal artigo revela com isso o caráter peculiar e diferenciado que as estatais têm perante as demais empresas de caráter privado.

Destarte, o professor Hely Lopes Meirelles ratifica esse entendimento ao afirmar que:

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

²⁹ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

³⁰ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

“Na verdade, as empresas estatais são instrumentos do Estado para a consecução de seus fins, seja para atendimento das necessidades mais imediatas da população (serviços públicos), seja por motivos de segurança nacional ou por relevante interesse coletivo (atividade econômica). A personalidade jurídica de Direito Privado é apenas a forma adotada para lhes assegurar melhores condições de eficiência, mas em tudo e por tudo ficam sujeitas aos princípios básicos da Administração Pública. Bem por isso, são consideradas como integrantes da Administração Indireta do Estado.”³¹

Aplicar de forma integral e exclusiva o direito comum às empresas governamentais compromete suas funções e objetivos essenciais ao retirar certas prerrogativas e restrições legais determinadas pelo regime jurídico de direito público, além de poder comprometer o direito dos administrados e a moralidade administrativa.

O regime jurídico híbrido visa promover liberdade às estatais para executar suas atividades, com vistas a promover tratamento equânime às demais empresas privadas, sem proporcionar discrepâncias e privilégios destas frente ao mercado econômico/ financeiro. Todavia, da mesma forma visa assegurar o interesse público, o uso de recursos públicos e a posição de soberania da Administração com a adoção das prerrogativas e restrições inerentes do regime jurídico de direito público.

Maria Sylva Zanella Di Pietro reforça tal entendimento ao sustentar que:

“(...) tais pessoas nunca se sujeitam inteiramente ao direito privado. O seu regime jurídico é híbrido, porque, sob muitos aspectos, elas se submetem ao direito público, tendo em vista especialmente a necessidade de fazer prevalecer a vontade do ente estatal, que as criou para atingir determinado fim de interesse público.”³²

Isto posto, a personalidade jurídica deve expressar a natureza e revelar o escopo para o qual foram criadas as empresas governamentais, qual seja de serem entidades auxiliaadoras do Estado. Com isso, não compete às estatais se enquadrarem ao regime jurídico que lhes foram impostas visto que, do contrário, o invólucro preponderaria sobre a essência.

³¹ SILVEIRA, Verena Sapucaia da. *Demissão: Da impossibilidade de dispensa desmotivada de empregados públicos das empresas estatais*. Ciência Jurídica do Trabalho – v. 15, n. 91. Jan/fev. 2012. Belo Horizonte, 2012. p. 126.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.496

1.2.4 A aparente divergência de tratamento entre estatais prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica

Conforme exposto anteriormente, o artigo 37 da Carta Magna dispõe a respeito dos princípios que a Administração Pública em geral, ou seja, tanto a Direta quanto a Indireta, se submete. Em nenhum momento verifica-se tratamento diferenciado com relação à natureza das estatais para a aplicação dos princípios constitucionais. Em tais dispositivos fica evidenciado o regime jurídico híbrido que o legislador constituinte originário proporcionou a estas entidades governamentais.

Contudo, a doutrina diverge com relação ao procedimento e regime jurídico que as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica se submetem, visto que o art. 173, §1º, II, da Constituição Federal aparentemente adotou tratamento diferenciado destas frente às prestadoras de serviço público.

Para os doutrinadores que corroboram com essa distinção de tratamento, as empresas governamentais, quando exploradoras de atividades econômicas, sujeitar-se-iam ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Todavia, deve-se fazer uma interpretação deste dispositivo com vistas a analisar a finalidade e o valor que o legislador buscou garantir com esse preceito.

Inicialmente, destaca-se que nos demais dispositivos constitucionais o legislador não fez nenhuma diferenciação entre os tipos de empresa pública e sociedade de economia mista. Além disso, como bem ressalta Celso Antonio Bandeira de Mello, as razões informadoras das entidades prestadoras de serviços públicos “comparecem com igual procedência perante as exploradoras de atividade econômica. Logo, não é exato que estas últimas sejam integralmente disciplinadas na conformidade das normas regentes das empresas privadas”.³³

Não há, portanto, aplicação idêntica da legislação trabalhista aos empregados públicos e privados, apesar de ambas as classes serem regidas pelo mesmo regime jurídico. A Administração Pública, pelo princípio da legalidade, se limita exclusivamente ao disposto em lei, não podendo agir com ampla autonomia. Todos os atos do Poder Público são atos administrativos, inclusive aqueles executados sob o regime celetista.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 208.

CAPÍTULO 2 – DA DISPENSA

Assim como os negócios jurídicos em geral, o contrato de trabalho é celebrado e extinto por diversos fatores. Todavia, em relação a essa espécie contratual específica, pelo ramo do direito trabalhista, sempre houve uma atuação contrária ao término do pacto laboral. Isso decorre do fato de que esse acordo transcende às partes integrantes do negócio jurídico, visto que a extinção do contrato de trabalho reflete na estrutura da sociedade como um todo. O desemprego sempre foi combatido em sociedades democráticas, no qual se preserva os direitos fundamentais entre os quais, o da dignidade da pessoa humana. Diante disso, o emprego para muitos cidadãos é o “instrumento de alcance do plano social da dignidade humana.”³⁴

Com isso, Mauricio Godinho Delgado explana que:

“(...) tradicionalmente, no Direito do Trabalho sempre vigorou o princípio da conservação do contrato, da continuidade da relação de emprego: preservar-se o vínculo juslaborativo, desde que a dispensa não se funde em causa jurídica relevante. Mesmo em ordens jurídicas que não concretizam esse princípio em todas as suas potencialidades, autorizando, por exemplo, a dispensa do empregado como mera prerrogativa potestativa do empregador – como a brasileira, a propósito –, não se pode negar a importância sociojurídica do fato da extinção do contrato, com restrições ainda significativas que o Direito do Trabalho procura a ele antepor.”³⁵

Diante do desequilíbrio existente nessa relação jurídica entre empregador e empregado, instituíram-se princípios para proteger o trabalhador, no qual o Estado delimita normas mínimas a serem seguidas, a fim de amparar a parte hipossuficiente do negócio jurídico.

Os princípios basilares que atuam no momento da resolução contratual de emprego são: princípio da norma mais favorável, princípio da continuidade da relação de emprego e princípio das presunções favoráveis ao trabalhador.³⁶

O princípio da norma mais favorável pressupõe o conflito de normas e interpretações diversas a serem aplicadas ao trabalhador no caso concreto. Neste caso, deverá ser aplicada a norma mais benéfica ao empregado não sendo necessária a análise de especificidade ou

³⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13ª Ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 1162.

³⁵ DELGADO, op. cit., p. 1162.

³⁶ Ibidem, p. 1164.

hierarquia entre as legislações. O princípio em questão, portanto, atinge o escopo do Direito do Trabalho inclusive no momento da extinção contrato laboral.

O princípio da continuidade da relação de emprego expressa o interesse não apenas do obreiro, mas também do Direito Trabalhista, já que a continuidade da relação empregatícia pode promover melhores condições laborais ao empregado, e com isso, atingir o escopo desse ramo do Direito. A relação de emprego tende a ser duradoura, já que tanto o empregador como o empregado buscam equilíbrio e estabilidade em suas relações. Além disso, conforme já exposto, o interesse na continuidade da relação de emprego transcende o interesse das partes, mas atinge toda comunidade influenciando nas políticas econômicas, sociais, previdenciárias e de segurança pública, visto que o desemprego causa impacto negativo em toda sociedade influenciando o sistema econômico e governamental. É com fundamento neste princípio que medidas protetivas foram incluídas na legislação, tais como a indenização a ser paga pelo empregador nos casos de rescisão sem justa causa, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Outrossim, tornou-se regra geral os contratos de trabalho firmados com prazo indeterminado, sendo exceções os contratos a termo. Desse princípio decorre ainda a Súmula 212 do TST o qual preceitua que “o ônus de provar o término do contrato de trabalho quando negados a prestação de serviço e o despendimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.” Diante disso, tal princípio busca amparar o trabalhador no momento em que mais fica evidente o seu caráter de hipossuficiente: da rescisão contratual.

O princípio das presunções favoráveis ao trabalhador se assemelha muito aos princípios supracitados. A presente diretriz presume que todos os atos relacionados com o contrato de trabalho devem ser interpretados e aplicados de maneira a beneficiar o trabalhador cabendo ao empregador o ônus probatório. Em regra, presume ser celebrado o contrato de trabalho por prazo indeterminado, e ainda, em situações de rescisão contratual, presume-se realizada a de modo mais favorável ao empregado com o máximo de verbas rescisórias, qual seja, a modalidade sem justa causa. Em ambos os casos cabe ao empregador o encargo de provar o contrário. Dessa forma, até mesmo o rompimento do contrato de trabalho presume-se ser realizado da melhor forma ao trabalhador.

Diante do exposto, verifica-se que o Direito Trabalhista tem como objetivo principal e imediato a proteção ao obreiro hipossuficiente e como escopo mediato busca promover os direitos sociais, dignidade da pessoa humana e beneficiar a sociedade como um toda.

Portanto, os princípios e normas desse ramo do Direito buscam impedir as despedidas arbitrárias, imotivadas do empregador diante de sua supremacia perante o trabalhador.

A palavra dispensa é comumente identificada como todo e qualquer ato de rescisão unilateral do contrato de trabalho. Contudo, Vólia Bomfim Cassar adverte que dispensa ou despedida é “a declaração unilateral constitutiva (negativa) e receptícia de vontade, feita pelo empregador ao empregado, no sentido de romper o contrato sem justa causa”.³⁷ Diante disso, é importante aclarar as modalidades de dispensa existentes.

2.1 DAS MODALIDADES DE RESCISÃO

Segundo o princípio da continuidade da relação de emprego, o contrato de trabalho de duração indeterminada tornou-se regra e prevalece ante ao contrato de trabalho a termo. Entretanto, assim como os contratos civis, os contratos de trabalho também são extintos. A CLT trata das modalidades de dissolução contratual no capítulo V (art. 477 a 486), porém o legislador não se interessou em nomeá-las. Em todo capítulo V há a utilização dos termos: rescisão, terminação, cessação. Contudo, em todos os casos, tais expressões foram utilizadas para designar o mesmo objetivo: o fim do contrato de trabalho. Não há um consenso doutrinário sobre os termos utilizados ou mesmo do número de modalidades existentes. A incerteza do legislador trabalhista acerca da correta nomenclatura se estendeu também para a doutrina, de modo a ocasionar, nas palavras do jurista português Antônio de Lemos Monteiro Fernandes, um autêntico “arco-íris vocabular”.³⁸

Para Antônio Alves da Silva³⁹, deve-se utilizar o termo cessação como gênero para se referir ao fim do contrato de trabalho. Este se subdivide em duas espécies: extinção e dissolução. O primeiro ocorre quando o contrato de trabalho foi cumprido. Já o segundo, refere-se para o fim anormal do acordo.

Diante de tamanha variedade de nomenclaturas, utilizaremos a classificação dada por Maurício Godinho Delgado⁴⁰ juntamente com a explanação de Pedro Paulo Teixeira Manus⁴¹ para as formas de dissolução do vínculo empregatício.

³⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 9ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 1055.

³⁸ SILVA, Antônio Alves da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 1992. p.22.

³⁹ SILVA, op. cit., p.24

⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13ª Ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 1197 a 1204.

⁴¹ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa*. Aspectos de direito material e processual do trabalho. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 50.

a. **Dispensa arbitrária:** trata-se de modalidade de rescisão contratual no qual não há fundamentação legalmente tipificada, sem motivação objetiva ou subjetiva, ou seja, aquela que não se funda “em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro” conforme define o art. 165 da CLT. São aquelas discriminatórias em razão de sexo, idade, raça, religião, convicção filosófica ou política e represálias ou quaisquer outras formas de rejeição. É a dissolução contratual sem a existência de justificativa considerada plausível socialmente ou mediante fundamentação torpe.

b. **Pedido de demissão:** conforme o próprio nome diz, ocorre quando o empregado solicita o término do contrato de trabalho.

c. **Distrato:** é a rescisão bilateral do contrato de trabalho, no qual ambas as partes concomitantemente decidem extinguir o acordo.

d. **Dispensa por justa causa:** ocorre quando o obreiro se enquadra em um dos requisitos apontados pelo art. 482 da CLT.

e. **Rescisão indireta:** ocorre quando há falta grave cometida pelo empregador. As hipóteses estão expressas no art. 483 da CLT.

f. **Ruptura por culpa recíproca:** ocorre quando ambas as partes, empregado e empregador, dão causa à ruptura no contrato de trabalho. “Esse tipo de término contratual, bastante raro, supõe decisão judicial a respeito, no quadro de um processo trabalhista”.⁴²

g. **Extinção da empresa ou do estabelecimento:** ocorre em ocasião do risco da atividade empresarial. Encontra-se tipificado nos arts. 497, 498 e 502 da CLT.

h. **Falecimento do empregado ou empregador:** em virtude do princípio da pessoalidade, o contrato de trabalho se extingue automaticamente com a morte do obreiro. Já em relação ao empregador tal premissa não é verdadeira, visto que é possível a manutenção da relação trabalhista caso os herdeiros desejem manter o empreendimento. Em caso de

⁴² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13ª Ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 1201.

falecimento do empregador como pessoa física, torna-se facultativo ao empregado em continuar ou não com o vínculo empregatício.

i. **Dispensa sem justa causa:** ocorre pelo rompimento do vínculo empregatício por vontade exclusiva do empregador sem que o empregado tenha cometido alguma falta grave. “É o ato de desfazimento do contrato de trabalho que, embora o empregador apresente razões de ordem subjetiva, não se funda em ato faltoso cometido pelo empregado”.⁴³ Baseia-se em razões financeiras, econômicas ou técnicas evidenciadas. Não há ocorrência de culpa ou dolo pelo empregador, nem situação de justo motivo pelo operário tipificada em lei. Contudo, deve existir uma justificativa, sob pena de ser declarada arbitrária. Há, portanto, motivação subjetiva ou objetiva. Cita-se como exemplo a falta de habilidade ou conhecimento técnico do trabalhador para determinada atividade, existência de grave crise econômica que prejudique o funcionamento da empresa. Desse modo, cabe ao empregador indenizar o operário pela rescisão injusta, apesar de socialmente justificada.

Diante da importância desta última modalidade de dissolução contratual e ainda por ser objeto de estudo desta monografia, trataremos no capítulo subsequente.

2.2 DA DISPENSA DE EMPREGADOS PÚBLICOS COMO ATO ADMINISTRATIVO

Após a abordagem da necessidade de tratamento diferenciado aos empregados públicos, mister se faz explanar sobre a rescisão unilateral do contrato como ato administrativo.

Faz-se necessário analisar o conteúdo, elementos, princípios correlatos que constituem o ato administrativo para que se possa verificar se atos realizados por entidades da Administração Indireta também são classificados como atos administrativos.

Atos administrativos são atos jurídicos, visto que dependem do elemento ‘vontade’. Segundo o professor Celso Antonio Bandeira de Mello, ato administrativo em sentido amplo é:

“(...) declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de

⁴³ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa*. Aspectos de direito material e processual do trabalho. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 50.

prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.⁴⁴

Para o administrativista Hely Lopes Meirelles, ato administrativo unilateral, ou seja, ato exercido por intermédio do Poder extroverso do Estado como vontade única da Administração, é:

“(...) toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”⁴⁵

Dessa forma, para que seja ato administrativo, faz-se necessário que a Administração atue com supremacia. Caso fosse exercido em igualdade condições com o particular, este seria apenas um ato jurídico privado. Outrossim, o ato administrativo deve ser produzido por agente competente, aqui determinado como aquele eivado de finalidade pública, sob a égide da lei, além de estar apto a produzir efeitos jurídicos.⁴⁶

Os atos que são relacionados aos empregados públicos são atos administrativos, visto que “além das exigências constantes da legislação trabalhista, é o direito administrativo que lhes governa as condições de válida produção, de sorte que o controle deles se faz à moda do que corresponde aos atos administrativos em geral, inclusive com arguição dos mesmos vícios”.⁴⁷

À vista disso, a Administração Pública deve atuar em busca do interesse público e em consonância aos princípios constitucionais, entre os quais se destaca o da impessoalidade e da motivação.

Diante do exposto, são requisitos do ato administrativo:

Competência: também chamado por parte da doutrina de “sujeito”, é todo aquele que pratica o ato. É pressuposto de validade, visto que não integra o ato, mas sim o pratica. O agente deve ter competência e, caso haja vício, há invalidação do ato. É o poder previamente determinado e delimitado pela lei para que o agente possa exercê-lo.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 375-426

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª Ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2007. p.150.

⁴⁶ MEIRELLES, op. cit., p.151.

⁴⁷ PINHO, Judicael Sudário de. *Da impossibilidade jurídica de livre despendimento de empregados nas empresas estatais na vigência da Constituição Federal de 1988*. In: SOARES, Ronald; PINHO, Judicael Sudário de. *Estudos de direito do trabalho e direito processual do trabalho: homenagem a Aderbal Nunes Freire*. São Paulo: LTr, 1999. p. 94.

Além disso, a competência é intransferível e improrrogável pela simples vontade dos interessados. Todavia, desde que aja autorização legal e não por simples ato discricionário do agente público, a competência para os atos administrativos pode ser delegada e avocada.

Forma: é o revestimento externo do ato, ou seja, é a forma como este se externaliza. Assim como o objeto, é um elemento do ato, visto que este precisa ser manifestado e é a forma que o possibilita existir. Pode ter a forma pré-determinada por lei ou não, mas esta precisa existir para que o ato seja exteriorizado.

Nos momentos em que um ato sofre vício de forma, decorrente de não se adequar ao determinado pela lei, há divergência doutrinária quanto a invalidade do ato. Neste caso, para o Bandeira de Mello “(...) a função única e específica da formalização prevista (...) é apenas a de “uniformizar”, ou seja, “padronizar” o instrumento de veiculação dos distintos atos administrativos”.⁴⁸ Neste caso, portanto, caso seja observado a mesma publicidade, prazos e vias recursais idênticos ao determinado para o ato legal determinado, não haveria o que se falar em invalidação do ato.

O silêncio do Estado não pode ser considerado como ato jurídico, mas sim como fato jurídico-administrativo. Isto porque o ato administrativo é a manifestação extroversa do Estado, ou seja, necessita de ser expresso, declarado, formalizado. Dessa forma, o silêncio da Administração caracteriza vício tanto pela falta de formalização, como, por conseguinte, pela falta de motivação. Nesses casos, pode o administrado requerer provimento jurisdicional no sentido de proferir uma decisão no lugar da Administração ou conceder prazo para que essa se manifeste, não só proferindo a decisão, mas motivando-a.⁴⁹

Diante do exposto, verifica-se que só é admitido ato administrativo não escrito em caso de urgência, de transitoriedade da manifestação da vontade da administração, como é o exemplo da sinalização feita pelo agente de trânsito. Ressalte-se que esse elemento do ato administrativo pode ser convalidado.

Objeto: também chamado de “conteúdo”, é o que o ato reza, modifica, extingue, é a própria essência do ato. Sem o objeto não há ato administrativo, ou seja, sua existência fica condicionada a ter objeto. Todo objeto ilícito torna o ato inválido tendo como consequência a sua nulidade. Além disso, ressalta-se que caso o objeto deve estar prescrito em lei, ou seja, não basta que não haja lei que o proíba, deve estar determinado por norma legal a necessidade

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 416.

⁴⁹ MELLO, op. cit., p. 375-426.

de sua atuação. Isto porque, para a Administração Pública, o princípio da legalidade compreende em realizar apenas o que a lei permite.⁵⁰

Finalidade: é o bem jurídico protegido, o resultado a ser obtido com a prática do ato. Todo ato administrativo, no entanto, deve buscar o interesse público. Caso o agente atue dentro dos limites de sua competência, mas busque finalidade diversa da prevista em lei, estará configurado o abuso de poder na espécie de desvio de finalidade.

Conforme Carlos Antonio Bandeira de Mello, ocorre desvio de poder “(..) quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado”.⁵¹ Diante disso, há duas formas de desvio de poder. A primeira ocorre quando a finalidade do ato não é o interesse público, mas sim satisfazer interesses próprios ou de outrem. A segunda hipótese ocorre quando ainda que a finalidade seja o interesse público, o meio não foi adequado, ou seja, se divergiu em alguma formalidade determinada pela lei.

Motivo: pressuposto objetivo. Corresponde a tudo aquilo que autoriza a prática do ato. É todo acontecimento, ação e omissão que leva o agente público a realizar o ato. Não se confunde com motivação, visto que aquele é a própria situação em si, já este é a justificativa para a prática do ato. Motivação é, nas palavras de DI Pietro, a “exposição dos motivos”,⁵² isto é, a subsunção do fato à norma, com a fundamentação do agente para a prática do ato.

Todo motivo deve ser prévio ou concomitante. Não se admite motivos posteriores para justificar a existência de determinado ato, porque caso isto fosse possível, haveria precedente para a realização de atos discricionários e arbitrários. Diante disso, quando viciados, torna o ato nulo. Os motivos podem ter ou não previsão legal. Quando for prescrita em lei, o agente público deve agir estritamente conforme determinado e só pode agir quando ocorrer tal situação. São denominados atos vinculados. Todavia, caso não haja previsão legal, cabe ao agente público analisar o fato e, caso decida pela prática do ato, deve analisar a existência prévia ou concomitante do motivo; portanto, este último caso não afasta a necessidade de motivo. São classificados pela doutrina como atos discricionários.

Motivo não se confunde com a intenção do agente. O primeiro corresponde a um acontecimento externo prévio ou concomitante, real e objetivo que serve para fundamentar o ato. Já o segundo corresponde a uma percepção interna, subjetiva do agente. Em regra, não se utiliza a intenção ou vontade do agente para motivar a prática do ato, visto que, em muitos casos, o ato é vinculado, ou seja, a lei já o pré-determinou. Entretanto, em certos casos, a lei

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 399.

⁵¹ MELLO, op. cit., p. 410.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 219.

concede discricionarietà ao agente público para analisar, com fulcro em elementos de conveniência e oportunidade, a necessidade da prática de um ato administrativo.

Dessa forma, o elemento volitivo, isto é, o aspecto subjetivo do agente deve ser considerado, visto que não haveria outra forma de praticar o ato. Todavia, caso ocorra vício na vontade, ou seja, o agente utilizar o ato como meio de obter vantagens, favores ou mesmo perseguições, atuando em desconformidade com a lei, o ato será inválido.

Ante ao exposto, verifica-se que o ato de dispensa de empregados públicos é ato administrativo, posto que é manifestação unilateral de vontade da Administração que produz efeitos jurídicos ao extinguir direito do trabalhador ao seu emprego público. O agente público, ao demitir o empregado estatal, manifesta a vontade suprema do Poder Público ao atuar como seu representante. Corrobora com esse entendimento DI Pietro ao afirmar ainda que “onde existe Administração Pública, existe ato administrativo”⁵³ e estes se submetem ao controle por intermédio do Poder Judiciário.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 205.

CAPÍTULO 3 - A MOTIVAÇÃO NA DISPENSA DE EMPREGADOS PÚBLICOS

A substituição da estabilidade e da garantia de tempo de serviço pelo FGTS e sua universalização promovida pela Constituição Federal de 1988 poderia induzir o entendimento da formação de um Estado liberal atuante segundo os preceitos de dos direitos primeira dimensão:

“Fica evidente que a potestatividade está intimamente ligada à postura do Estado de não intervenção na ordem econômica, como referido, deixando à vontade das partes toda a liberdade no trato e no distrato, sem preocupação de ordem social com os reflexos do ajuste havido. Entendamos potestativo no sentido que aponta De Plácido e Silva: ‘a faculdade ou poder de que a pessoa está revestida’, isto é, o ato que para ser praticado dependa exclusivamente da vontade do agente, sem qualquer intervenção da vontade do outro sujeito.”⁵⁴

A concepção de que a rescisão contratual é um direito potestativo do empregador ganhou ênfase, segundo o qual o “empregador tem o direito de rescindir o contrato de trabalho unilateralmente, com ou sem motivo, segundo o seu livre critério porque o ato jurídico reveste-se de caráter absoluto, não comporta oposições, quer do empregado, quer da autoridade pública”.⁵⁵

Esse entendimento se consubstancia pelo conceito de propriedade privada, no qual a legislação não deve gerar empecilhos para o exercício do livre comércio tendo, portanto, o empregador a autonomia para gerir seus bens e recursos de produção. Tal tese se funda nos ideais liberais no qual empregado e empregador estariam em igualdades condições, com total liberdade para pactuarem e realizarem o distrato sem qualquer preocupação com os impactos sociais e econômicos produzidos.

Todavia, segundo nosso entendimento, essa interpretação é equivocada, visto que a Carta Magna em vários artigos⁵⁶ expressa sua proteção ao empregado e valoriza o direito do trabalho, exprimindo uma obrigação do Estado de fazer, como prestação social positiva, característica de direitos de segunda dimensão.⁵⁷ A proteção à relação de emprego não se

⁵⁴ De Plácido e Silva. *Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa*. Aspectos do direito material e processual do trabalho. São Paulo: Malheiros, 1996. p.41 e 42.

⁵⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1132.

⁵⁶ Acerca disso, podemos verificar nos seguintes artigos da Constituição Federal: 1º, IV; 6º; 7º; 170; 193.

⁵⁷ Classificação dos doutrinadores constitucionalistas no qual classificam os direitos fundamentais em pelo menos 3 dimensões ou também chamados de gerações. O Direito do Trabalho encontra-se evidenciado nos direitos de segunda geração. Acerca deste assunto, ver Pedro Lenza, item 14.2.2. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 16ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

restringe apenas a garantir sua existência, mas também a mantê-lo. Segundo o escólio de Amauri Mascaro Nascimento:

“A liberdade de trabalho, interpretada erroneamente como liberdade absoluta para ambos os contratantes, também se prestou para as fundamentações que reforçaram a tese da rescisão unilateral do contrato como ato potestativo do empregador, como teria de ser, também do empregado”.⁵⁸

A Lei Maior buscou restringir a ruptura do contrato de trabalho por ato unilateral do empregador. O art. 7º, inciso I preceitua ser direito dos trabalhadores a “relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. O inciso XXI do mesmo artigo promove o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e o art. 10, I do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – aumenta a indenização da multa do FGTS de 10% para 40%. Todos esses dispositivos evidenciam a intenção do legislador em proteger o trabalhador contra sua despedida, com vistas sempre a atingir o princípio da continuidade da relação de emprego e a reconhecer o valor social do trabalho, fundamento da República Federativa do Brasil expresso no art. 1º do Texto Máximo.

Destarte, não restam dúvidas de que o legislador buscou dar relevância ao princípio da continuidade da relação de emprego e ainda repelir a dispensa arbitrária, o qual consiste naquela “efetivada sem o suporte em uma fundamentação minimamente relevante”.⁵⁹

Assim sendo, o empregador não tem direito absoluto e arbitrário, ou seja, não sujeito a regras ou a restrições na dispensa de empregado; pelo contrário, há um limite estabelecido na “motivação socialmente justificável”.⁶⁰

Para que se possa entender e aprofundar acerca do inciso I do art. 7º da Carta Magna, mister se faz discorrer sobre sua eficácia e exegese em tópico próprio.

3.1 DO ARTIGO 7º, INCISO I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Há na doutrina atual ainda certa divergência a respeito da total ineficácia e incapacidade de produção de efeitos da garantia de emprego expressa no art. 7º inciso I constitucional. No escólio de Godinho Delgado:

⁵⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1132.

⁵⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13ª Ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1182.

⁶⁰ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção Contra a dispensa na nova Constituição*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1992. p.105.

“A teoria tradicional sobre eficácia/ineficácia jurídica de regras constitucionais já é, hoje, iniludivelmente anacrônica, por quedar-se inerte de modo abrangente. A teoria constitucional moderna, mais bem ajustada à interpretação de novas constituições, tende a apreender, necessariamente, certa eficácia às normas constitucionais – ainda que diferenciada, em intensidade, a eficácia de uma e outra regra constitucional.”⁶¹

Acerca deste assunto, José Afonso da Silva esclarece:

“Temos para nós que a garantia do emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata, de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (despedida arbitrária e justa causa) que delimitem sua eficácia, inclusive pela permanência no emprego. Indenização não é garantia da relação de emprego. Como se vê do texto, é uma medida compensatória da perda do emprego. Se a Constituição garante a relação de emprego, o princípio é o da sua conservação e não o da sua substituição. Compreendido o texto especialmente em conjugação com o § 1º do art. 5º, aplicável aos direitos do art. 7º, que se enquadram, também, entre os direitos e garantias fundamentais, chegaremos à conclusão de que a norma citada no inciso I é de eficácia contida.”⁶²

Diante dessa assertiva, faz-se mister lembrar que as normas constitucionais de eficácia contida, conforme classificação dada pelo constitucionalista José Afonso da Silva, são aquelas de tem aplicação imediata e estão aptas a produzir efeitos. Todavia, o seu alcance não é amplo, mas sim redutível sendo seus efeitos restritos por lei infraconstitucional ou pela própria Constituição. Segundo Nathália Masson⁶³, as normas de eficácia contida têm aplicabilidade *imediata* “por estarem aptas a produzir efeitos imediatamente, com a simples promulgação da Constituição”; *direta*, “pois não dependem de nenhuma norma regulamentadora para a produção de efeitos” e ainda *não integral*, visto que estão “sujeitas à imposição de restrições.”

Diante da ausência de norma regulamentadora ocasionada pela inércia do legislador infraconstitucional, verifica-se que o dispositivo constitucional em questão tem aplicação imediata e ampla. A lei complementar surgirá para delimitar seus efeitos e explanar a respeito desta proteção conferida em face da despedida arbitrária ou sem justa causa. Entretanto, sua ausência não invalida ou esteriliza seus efeitos, pelo contrário, os tornam amplos em virtude da ausência de norma restritiva.

⁶¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13ª Ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1183.

⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 293.

⁶³ MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. Bahia: Editora JusPodvim, 2013. p. 54.

Possuem eficácia positiva e negativa. Enquanto não elaborada a norma regulamentadora restritiva, terão aplicabilidade integral, como se fossem uma “norma de eficácia plena passível de restrição”. A aplicabilidade dessas normas independe da intervenção do legislador ordinário, isto é, não estão condicionadas à existência de uma normação-infraconstitucional ulterior, apesar de passíveis de serem limitadas por ela.⁶⁴

Destaca-se que o Enunciado da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho promovido pelo TST ao tratar deste inciso constitucional expõe que “a omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária”.⁶⁵ Desse modo, tal enunciado demonstra a importância deste tema, apesar de não ser entendimento consolidado por todos os membros da Colenda Corte.

Além disso, o legislador constituinte ao tratar deste inciso buscou assegurar maior proteção à relação de emprego, diante da complexidade do tema e de seus impactos sociais e jurídicos, ao exigir que sua regulamentação fosse realizada por intermédio de lei complementar no qual se exige uma análise mais criteriosa e quórum de aprovação especial.

É indubitável que a exegese dos direitos sociais, em especial, os trabalhistas devem ser dirigidos por princípios constitucionais, entre os quais: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), valorização do trabalho humano e justiça social (art. 170), busca pelo pleno emprego (art. 170, VIII) e o trabalho como primado para a ordem social (art. 193). A garantia do emprego é outro princípio protegido pela Lei Maior.

A interpretação do art. 10, I do ADCT esclarece que tal dispositivo visa conferir maior proteção ao trabalhador ao aumentar a multa do FGTS de 10% para 40% em casos de despedidas sem justa causa. Dessa forma, a indenização não visa promover um caráter de substituição ou uma alternativa ao empregador para por fim à relação contratual. Pelo contrário, o citado artigo busca aumentar a sanção ao empregador que decide rescindir o contrato sem justo motivo de tal modo que proporciona maior efetividade ao princípio da garantia de emprego.

A necessidade de motivar os atos de dispensa teve origem no Direito Alemão e influenciou as legislações européias tais como as da França, da Itália, da Espanha e de

⁶⁴ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6ª Ed. rev. e atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2012.

⁶⁵ Enunciado nº 2, I da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho promovida pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e Associação Nacional dos Magistrados de Trabalho (ANAMATRA), de 21 a 23-11-2007.

Portugal. A dispensa socialmente justificada é conceituada por Antônio Álvares da Silva como aquela “que se baseia em motivos ligados à pessoa do empregado, a seu comportamento ou à empresa/ estabelecimento”.⁶⁶ Dessa forma, haveria duas modalidades de dispensa: a por justa causa e a socialmente justificada.

“A justificação social do direito de dispensa (*die soziale Rechtfertigung der Kündigung*) pretende exatamente ser uma síntese equilibrada destas duas tendências. Restringi-la apenas aos casos de justa causa ou falta grave pode significar séria restrição à dinâmica necessária da relação de emprego, com graves consequências ao próprio sistema produtivo. Nenhuma empresa tolerará em seus quadros o empregado incapacitado o inapto, com limitações de ordem pessoal ou localizadas em seu comportamento. Também, jamais funcionará com eficiência se mantiver relações de emprego improdutivas das quais não mais precisa, em virtude de transformações ou mudanças estruturais, que tornaram desnecessários alguns postos de trabalho. (...) Por outro lado, esquecer o sentido social da proteção e segurança do emprego e relegá-lo ao mero jogo das forças econômicas é o mesmo que reduzir à barbárie as relações sociais e aceitar que o progresso econômico deve ser conseguido a qualquer custo, mesmo que o homem se transforme em meio e não em fim deste desenvolvimento.”⁶⁷

Portanto, a justificação social da dispensa concede liberdade de gestão do empregador ao conceder-lhe poder para efetivar a rescisão contratual, mesmo em caso de inexistência de falta grave, devendo apenas motivar sua decisão. Além disso, verifica-se a atenção conferida pelo legislador constituinte ao princípio da continuidade da relação de emprego ao proteger o empregado da dispensa arbitrária.

3.2 A CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT

As Convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT – são acordos multilaterais abertos, isto é, podem ser celebrados por várias partes e a qualquer tempo. Isso ocorre em virtude de que tais normas tratam de princípios de caráter geral, não havendo limitação de tempo ou assunto, já que se tratam de diretrizes.

O Brasil é signatário de algumas Convenções da OIT e sua influência é perceptível na Constituição Cidadã, tais como a de número 98 que trata acerca da estabilidade sindical e a de número 13 que versa sobre a estabilidade gestacional. A tese defendida pela Convenção 158 também é notável na Lei Maior em seu art. 7º, inciso I.

⁶⁶ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção Contra a dispensa na nova Constituição*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1992. p. 105.

⁶⁷ SILVA, op. cit., p. 106.

A Convenção nº 158 trata acerca do término da relação de trabalho por ato do empregador. Seu art. 4º reza que “não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.”⁶⁸ Dessa forma, a Convenção também é denominada de ‘Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho de 1982.’ Esta foi assinada e ratificada em 22 de junho de 1982 tendo atualmente como signatários, entre outros: Austrália, Espanha, Finlândia, Portugal, Turquia e Venezuela.

Assim, em 17 de setembro de 1992, o governo Brasileiro, representado pelo então presidente Itamar Franco, foi signatário da Convenção por meio do Decreto nº 68, sendo ratificada em 4 de janeiro de 1995 e tendo eficácia apenas em 10 de abril de 1996, quando houve publicação oficial em português e promulgação. No entanto, a Confederação Nacional do Transporte (CNT) e a Confederação Nacional da Indústria (CNI) impetraram Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIN nº 1480-3/DF) alegando infringência ao art. 7º, inciso I da Constituição Federal. O primeiro fundamento baseou-se que os contratos internacionais nos quais o Brasil é signatário possuem status de lei ordinária, contrariando, portanto, o que preceitua na Carta Política que se exige a regulamentação de tal assunto por lei complementar. O segundo argumento refere-se à necessidade de utilização e vigência do art. 10 do ADCT até a promulgação da referida lei complementar. A referida ADIN foi deferida parcialmente em decorrência da determinação constitucional de regulamentação por lei complementar.⁶⁹

Em 20 de dezembro de 1996, o presidente Fernando Henrique Cardoso tornou pública a Denúncia por meio do Decreto nº 2.100 e a partir de então o Brasil deixou de ser signatário da Convenção.

Há muita discussão doutrinária acerca da efetividade deste tratado, todavia, não exploraremos ainda mais o assunto por não ser objeto de estudo desta obra. No entanto, este breve contexto histórico faz-se necessário para destacar que a inconstitucionalidade não foi declarada em virtude do conteúdo da Convenção nº 158, mas como esta foi trazida ao ordenamento jurídico brasileiro (inconstitucionalidade formal). O acordo, apesar de não ser ratificado pelo Brasil, ressaltou que o trabalho e motivação dos atos de dispensa são protegidos não apenas no âmbito nacional, como se pode ver no capítulo II da Carta Magna,

⁶⁸ OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção N. 158 – Término da Relação de Trabalho por iniciativa do Empregador*. Disponível em: < <https://www.oitbrasil.org.br/content/término-da-relação-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 7 abril 2015.

⁶⁹ VASCONCELLOS, Andréia de Campos. *Dispensa Imotivada: Análise à Luz da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.p. 61.

mas internacionalmente de tal forma que atualmente 34 países são signatários. Apesar de ter sido aprovada em 1985, essa temática é ainda muito atual e, conforme exposto anteriormente, atemporal, já que confere direito social e fundamental, ainda incipiente, ao trabalhador.

A referida norma internacional não veda a demissão nem promove a total estabilidade ao trabalhador, mas visa protegê-lo das dispensas imotivadas de tal forma a limitar o poder potestativo e irrestrito do empregador para que este justifique seus atos. A Convenção estaria limitando o exercício da livre iniciativa garantida pela Carta Política de 1988 caso impedisse a dispensa. Entretanto, deve-se atentar que tanto a livre iniciativa, quanto os valores sociais do trabalho são fundamentos da República Federativa do Brasil e encontram-se presentes no mesmo inciso do artigo 1º da Lei Maior. Diante disso, são princípios fundamentais que devem ser igualmente protegidos. Ante ao exposto, não há inconstitucionalidade entre a norma estrangeira e a Constituição, pelo contrário, é um instrumento hábil a tornar mais efetivo os direitos e princípios expostos na Carta Política.

A necessidade de motivar a dispensa se faz presente também na legislação estrangeira. No Direito Alemão, a cessação do contrato deve-se dar por motivo relevante e socialmente justificável. No Direito Italiano, o contrato só poderá ser rescindido quando houver grave inadimplemento de uma das partes. No Direito Francês, com o advento da Lei de 1973, deve-se existir causa real e séria para que ocorra a rescisão. Por fim, no Direito Português, a dispensa se limita à justa causa e à dispensa coletiva.⁷⁰

Verifica-se, portanto, a tendência mundial em se motivar as dispensas de empregados como ato de proteção ao trabalhador e à sociedade, pois a questão do desemprego não apenas gera impactos à vida do operário, mas a toda sociedade e economia.

No caso em análise desta dissertação, ressalta-se ainda mais a importância de fundamentar os atos de dissolução contratual de empregados públicos, como se verá a seguir.

3.3 DA MOTIVAÇÃO

A Administração Pública, segundo a visão positivista, deve atuar em conformidade com a lei. Diante disso, a dispensa de empregados públicos fica restrita às hipóteses determinadas pela legislação, sendo vedado todo intento contrário que fira a norma.

Por outro lado, de acordo com a teoria pós-positivista, os princípios podem, da mesma forma, modular o exercício da Administração na execução de seu poder disciplinar,

⁷⁰ MACIEL, José Alberto Couto. *Comentários à convenção 158 da OIT: garantia no emprego*. São Paulo: LTr, 1996. p. 17 – 24.

visto que também têm força normativa além de dispor de função tríplice. Inicialmente possuem “função informativa, servindo de balizas para a elaboração da norma. Uma função normativa, assim como o são as leis positivadas (portanto, de cumprimento obrigatório) e, ainda, uma função interpretativa, durante a exegese normativa.”⁷¹

Acerca disso, Celso Antônio Bandeira de Mello dispõe que:

“Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. Eis por que: “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”⁷²

E ainda, o autor ressalta acerca da importância dos princípios, visto que:

“É instrumento útil para evolução metodológica do trato do Direito Administrativo considerar o regime administrativo enquanto categoria jurídica básica, isto é, tomado em si mesmo, ao invés de considerá-lo apenas implicitamente, como de hábito se faz, ao tratá-lo em suas expressões específicas consubstanciadas e traduzidas nos diferentes institutos. Acredita-se que o progresso do Direito Administrativo e a própria análise global de suas futuras tendências dependem, em grande parte, da identificação das idéias centrais que o norteiam na atualidade, assim como da metódica dedução de todos os princípios subordinados e subprincípios que descansam, originariamente, nas noções categoriais que presidem sua organicidade”.⁷³

Os princípios são essenciais para a correta exegese e aplicação das leis. Assim sendo, apesar de não estar citado de maneira explícita no art. 37 da Constituição Federal, o princípio da motivação é implícito e intrínseco à Administração Pública já que advém do princípio da legalidade. Por intermédio da motivação torna-se possível o controle dos atos administrativos, já que pode verificar se os motivos alegados estão em conformidade com a lei, além de ser instrumento eficaz e essencial para refrear a arbitrariedade do Poder Público.

⁷¹ CORDEIRO, Ingrid Juliane da Silva. *O princípio da motivação na dispensa do empregado público*. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord.). *Direito Público*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012. p. 644.

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 54.

⁷³ MELLO, op. cit., p. 54 – 55.

No escólio de Celso Antonio Bandeira de Mello, o princípio da motivação consiste para a Administração Pública:

“o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.”⁷⁴

Na Constituição Federal, o princípio da motivação encontra-se expresso apenas nos artigos 93, X⁷⁵ e 129, §4º⁷⁶, de que tratam respectivamente acerca das decisões administrativas dos tribunais no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Todavia, ainda que não positivado expressamente no artigo 37 da Lei Maior, o referido princípio permeia toda atividade da Administração e constitui requisito do ato administrativo, conforme explanado no capítulo anterior.

A lei 9.784/99 que regula o processo administrativo em âmbito Federal, preceitua em seu art. 2º *caput* que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, o princípio da motivação, além de exigir a “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”, conforme expresso no parágrafo único, inciso VII do citado artigo.

Ademais, o artigo 50 da mesma lei determina que os atos administrativos devem ser motivados quando:

“I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
V - decidam recursos administrativos;
VI - decorram de reexame de ofício;
VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.”

Quanto ao exposto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que:

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 115.

⁷⁵ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004)

⁷⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] § 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004)

“(...) as hipóteses em que a motivação é obrigatória, em regra, dizem respeito a atos que, de alguma forma, afetam direitos ou interesses individuais, o que está a demonstrar que a preocupação foi muito mais com os destinatários dos atos administrativos do que com o interesse da própria Administração. No entanto, tem-se que considerar a enumeração contida no dispositivo como o mínimo a ser necessariamente observado, o que não exclui a mesma exigência em outras hipóteses em que a motivação é fundamental para fins de controle da legalidade dos atos administrativos.”⁷⁷

O princípio da motivação encontra-se expresso em várias outras legislações infraconstitucionais como, por exemplo, nas Constituições do Estado do Rio de Janeiro⁷⁸, na do Estado de Minas Gerais⁷⁹ e na do Estado de São Paulo.⁸⁰

O princípio da motivação já se encontra consagrado na doutrina e jurisprudência, não havendo mais discussões quanto a sua obrigatoriedade apenas para os atos vinculados ou somente para os atos discricionários. A motivação deve estar presente em todo e qualquer ato administrativo, a fim de que seja possível realizar o seu controle de legalidade.⁸¹ A fundamentação do ato administrativo é um pressuposto irremovível, visto ser uma garantia constitucional e, portanto, obrigatória. Segundo decisão da Suprema Corte, a motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo (RDP, 34:141).

Acerca disso, Diógenes Gasparini ratificando esse juízo, expõe:

“Não obstante tem-se apregoadado que a motivação só é obrigatória quando se tratar de ato vinculado (casos de dispensa de licitação) ou quando, em razão da lei ou da Constituição, ela for exigida. Nesta última hipótese, não importa a natureza vinculada ou discricionária do ato, ela é indispensável à sua legalidade.”⁸²

Lúcia Valle Figueiredo ressalta que “se quando o Judiciário exerce função atípica – a administrativa – deve motivar, como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.77.

⁷⁸ Art. 16 - Os procedimentos administrativos respeitarão a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência da publicidade, do contraditório, da ampla defesa, da moralidade e da motivação suficiente.

⁷⁹ Art. 13 - A atividade de administração pública dos Poderes do Estado e a de entidade descentralizada se sujeitarão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade. [...] § 2º - O agente público motivará o ato administrativo que praticar, explicitando-lhe o fundamento legal, o fático e a finalidade.

⁸⁰ Artigo 4º - Nos procedimentos administrativos, qualquer que seja o objeto, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do despacho ou decisão motivados. [...] Artigo 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência. (NR) - Redação dada pela Emenda Constitucional nº 21, de 14/2/2006.

⁸¹ DI PIETRO, op. cit. p. 77.

⁸² GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17ª ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012. p.77.

conduta?”⁸³. À vista disso, compete ao administrador público (seja este pertencente tanto à Administração Indireta quanto à Administração Direta) justificar suas decisões e atitudes realizadas, a fim de serem conhecidas a quem for interessado. A fundamentação dos atos administrativos, sejam estes de mero despacho ou cujo conteúdo modifique, extingue ou crie direitos, é uma garantia constitucional de forma a proteger o administrado contra o arbítrio e abuso de autoridade.

Segundo exegese de Gastón Jèze:

“(...) para se ter a certeza de que os agentes públicos exercem sua função movidos apenas por motivos de interesse público da esfera de sua competência, leis e regulamentos recentes multiplicam os casos em que os funcionários, ao executarem um ato jurídico, devem expor expressamente os motivos que o determinam. É a obrigação de motivar. O simples fato de não haver o agente público exposto os motivos de seu ato bastará para torná-lo irregular; o ato não motivado, quando devia ser, presume-se não ter tido em vista interesse público da esfera de sua competência funcional.”⁸⁴

Isto posto, de acordo com a teoria do mandato, “o agente público é mandatário da pessoa jurídica”.⁸⁵ E consoante com a teoria do órgão, “a pessoa jurídica manifesta sua vontade por meio de órgãos, de tal modo que quando os agentes que os compõem manifestam a sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse.”⁸⁶ Verifica-se, assim, a importância dos atos praticados pelos agentes públicos e seu impacto no mundo jurídico. Com isso, seus atos devem ser realizados com a máxima cautela, sempre em conformidade com a lei e devidamente motivados.

A fundamentação deve ser prévia ou concomitante à expedição do ato. Em casos de atos vinculados, na qual a lei restringe sua aplicação sem haver a possibilidade do juízo de delibação, pode ser suficiente apenas a descrição do fato e do direito, visto que a motivação em tais casos encontra-se implícita. Todavia, tal afirmação não se aplica para as situações de atos administrativos discricionários em que há a possibilidade do administrador público realizar juízos subjetivos ao aplicar a norma no caso concreto. Para esses casos, portanto, a justificação detalhada torna-se imprescindível para a validade do ato.

Corroborando esse entendimento, Celso Antonio Bandeira de Melo esclarece que:

⁸³ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 53.

⁸⁴ FREITAS, Ney José de. *Dispensa de Empregado Público e o Princípio da Motivação*. 1ª Ed, 7ª tir, Curitiba: Juruá, 2009. p. 126

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 589.

⁸⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 589.

“Assim, atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que sua fundamentação tardia, apresentada apenas depois de impugnados em juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providência contestada.”⁸⁷

A Constituição Federal, no entanto, excepcionou a necessidade de fundamentação para nomeação e exoneração de cargos em comissão declarados em lei. Todavia, como se verifica, essa é uma excepcionalidade expressa e única que a Lei Maior registra. Além disso, caso o administrador público queira motivar sua decisão nestes casos em que a Carta Política o exime de tal obrigação, este fica vinculado à sua fundamentação.

Diante disso, “os motivos afetam de tal maneira a eficácia do ato que sobre eles se edificou a denominada teoria dos motivos determinantes”.⁸⁸

A **teoria dos motivos determinantes** preceitua que os atos administrativos que forem fundamentados ficam vinculados, para todos os efeitos jurídicos, aos motivos apresentados. Com isso, havendo divergência entre o fato propriamente dito e a fundamentação, o ato se torna inválido.

Acerca disso, Francisco Campos afirma que:

“Quando um ato administrativo se funda em motivos ou pressupostos de fato, sem a consideração dos quais, da sua existência, da sua procedência, da sua veracidade ou autenticidade, não seria o mesmo praticado, parece-me de boa razão que, uma vez verificada a inexistência dos fatos ou a improcedência dos motivos, deva deixar de subsistir o ato que neles se fundava.”⁸⁹

A teoria dos motivos determinantes encontra fundamento ainda em decisão judicial do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

“DISPENSA DE EMPREGADO PÚBLICO. O MOTIVO DO DESLIGAMENTO VINCULA A ADMINISTRAÇÃO. As razões que levaram à dispensa de empregado estável vincula a Administração, em face da aplicação da teoria dos motivos determinantes. Caso estes não coincidam, nula é a dispensa.”⁹⁰

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p 116.

⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.101.

⁸⁹ MEIRELLES, op. cit., p. 199.

⁹⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ex-Ofício e Ordinário. RECEXOFF: 1271200531802007 SP 01271-2005-318-02-00-7. Recorrente: VT e Município de Guarulhos. Recorrido: Ednilson Baptista de Carvalho. Relator: José Ruffolo, Data de Julgamento: 27/05/2008, 5ª TURMA, Data de Publicação: 13/06/2008.

A Administração Pública vincula-se aos motivos determinantes expostos no ato, quer seja obrigatória sua fundamentação, quer seja facultativa. Se os motivos registrados forem inverídicos ou irreais, o ato praticado é declarado nulo.

À vista disso, a problemática atual consiste em que, por não existir norma que obrigue expressamente o empregador a motivar seus atos, o empregador público não fundamenta todos eles, ocasionando, por tanto, infração a princípios constitucionais e legais, além de possibilitar a atuação unilateral arbitrária do Estado. Assim sendo, a Administração Pública, representada pelo agente público da Estatal, cerceia a plenitude de defesa do empregado, além de tornar obscuros os motivos reais que levaram o empregador a rescindir o contrato de trabalho de modo unilateral. Isto afronta expressamente o princípio da transparência do Estado, já que é dever da Administração tornar público todos os seus atos, exceto aqueles cujo sigilo seja expressamente exigido.

Entretanto, apesar dos fundamentos expostos, o entendimento jurisprudencial é recente e inovador com poucos julgados acerca deste assunto.

3.4 JURISPRUDÊNCIA

Até a conclusão do presente estudo, a Súmula 390 e Orientação Jurisprudencial nº 247 ambas do TST de que tratam deste assunto ainda não foram revogadas.

“SÚMULA 390, TST. ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)”

“ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 247. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA

PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada – Res. nº 143/2007) - DJ 13.11.2007
 I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;
 II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.”

O Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento há alguns anos no sentido de que é admitida a dispensa imotivada de empregados públicos, visto que o instituto da estabilidade estaria restrito aos servidores públicos.

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA IMOTIVADA. POSSIBILIDADE. I - Ambas as Turmas desta Corte possuem entendimento no sentido de que os empregados admitidos por concurso público em empresa pública ou sociedade de economia mista podem ser dispensados sem motivação, porquanto aplicável a essas entidades o art. 7º, I, da Constituição. II - Agravo regimental improvido.”⁹¹

Durante muitos anos prevaleceu nas duas Cortes (TST e STF) este entendimento de que não é necessário motivar os atos de dispensa de empregados públicos, em virtude desta categoria de trabalhadores serem regidos por normas do direito privado (art. 173, §1º, II, CF). Além disso, o Brasil havia denunciado a Convenção nº 158 da OIT e, portanto, não seria mais obrigado fundamentar todas as rescisões de contrato de trabalho.

Todavia, a jurisprudência, nos tribunais inferiores, e parte da doutrina continuou a divergir acerca desta interpretação. Em vista disso, foram interpostos frequentes Recursos Extraordinários – RE - à Suprema Corte para que fosse analisado o mérito desta questão de forma a cessar esse descompasso e unificar o entendimento. Diante do grande número de Recursos Extraordinários interpostos sobre o mesmo assunto, o STF elevou a matéria para caso de Repercussão Geral, visto ter sido considerado como uma questão constitucional (e não apenas trabalhista) relevante. Isso possibilitou com que a Corte Excelsa pudesse se concentrar em outros assuntos importantes, além de multiplicar o juízo e evitar que casos idênticos tivessem que ser julgados várias vezes.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 589.998. Plenário. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Recorrido: Humberto Pereira Rodrigues. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 mar. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>>. Acesso em 20 ago. 2014. p.23.

Com isso, o RE 589998/PI que trata acerca da motivação de demissão de empregados públicos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, foi utilizado como *leading case*, ou seja, o caso foi exercido como paradigma para o julgamento dos demais processos que tratam sobre o mesmo tema. O empregado público da ECT ajuizou reclamação trabalhista ante a dispensa imotivada sofrida em 2001. A estatal interpôs recurso em face do acórdão do TST que decidiu inválida a dispensa por ausência de motivação. Assim, em março de 2013 o recurso foi julgado em caráter de repercussão geral sendo concedido provimento parcial considerando necessária a motivação do ato de dispensa sem garantir, contudo, a estabilidade a estes empregados.

“Ementa: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - **Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa.** (grifo nosso) III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.”⁹²

Após a referida decisão, os processos que estavam sobrestados nos tribunais inferiores foram dados prosseguimento sendo julgados. Entre estes casos, encontra-se o processo nº TST-RR-21140-52.2006.5.10.0010 no qual a sétima turma do TST proveu recurso ao ex-empregado da Empresa Brasileira de Comunicação S/A – Radiobrás - para que seja reconhecida a necessidade de justificar os atos de dispensa e que, sendo motivados, a dispensa fica condicionada à fundamentação, conforme elucida a teoria dos motivos determinantes.

A reclamação trabalhista foi julgada improcedente pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região no qual considerou válida a rescisão não sendo cabível, portanto, a

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 589.998. Plenário. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Recorrido: Humberto Pereira Rodrigues. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 mar. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>>. Acesso em 20 ago. 2014. p.23.

reintegração da reclamante. Em todas as fases processuais, a tese apresentada para negar provimento ao pedido do ex-empregado considera desnecessária a motivação do ato de dispensa de empregados públicos por serem regidas segundo as normas de direito privado (art. 173, §1º, II, CF), além de fundamentar que o parecer está em conformidade com o que preceitua a Corte Superior Trabalhista. Assim sendo, o reclamante ajuizou recurso extraordinário tendo sido este sobrestado em virtude do *leading case* supracitado. Após o julgamento do caso paradigma, a sétima turma do TST assim decidiu:

“RECURSO DE REVISTA - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA MUNICIPAL – RESCISÃO CONTRATUAL IMOTIVADA – IMPOSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO DO STF - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, ISONOMIA, MORALIDADE E IMPESSOALIDADE – TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 589.998, entendeu que as empresas públicas e as sociedades de economia mista precisam motivar o ato de rompimento sem justa causa do pacto laboral. Em face dos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, o ente da administração pública indireta que explora atividade econômica deve expor as razões do ato demissional praticado e a elas fica vinculado. Assim, a falta da exposição dos motivos para a ruptura do pacto laboral acarreta a sua nulidade. Além disso, em face da teoria dos motivos determinantes, os motivos declarados pela administração como essenciais para a realização do ato administrativo atuam como elemento vinculante do ato. Logo, a inexistência ou a falsidade das razões expostas pela administração pública para a realização do ato administrativo de rescisão contratual também implica nulidade do ato. Diante do moderno entendimento do STF, deixo de aplicar a Orientação Jurisprudencial nº 247, I, do TST”.⁹³

Após esta decisão da Suprema Corte, o TST acompanhou passou a julgar no mesmo sentido e ampliou o entendimento de motivar os atos de dispensa a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista. No escólio do Relator do processo nº RR - 3662400-31.2009.5.09.0010, Maurício Godinho Delgado:

“RECURSO DE REVISTA. 1. DISPENSA. EMPREGADO DA ECT E DEMAIS ENTIDADES ESTATAIS QUE SEJAM EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E SIMILARES. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. OJ 247, II, SBDI-1/TST. LEGITIMIDADE. MATÉRIA TAMBÉM FÁTICA. SÚMULA 126/TST. Nos termos do item II da OJ 247/SBDI1/TST, a validade do ato de

⁹³BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RR - 21140-52.2006.5.10.0010. Recorrente: Jose Antonio Maciel de Barros. Recorrido: RADIOBRÁS - Empresa Brasileira de Comunicação S.A. Relator: Vieira de Mello Filho. Brasília, 25 de novembro de 2014. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=21140&digitoTst=52&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0010>> Acessado em: 7 abril 2015.

despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais. **A propósito, essa necessidade de motivação aventada pela OJ 247, II, aplica-se a todas as entidades estatais estruturadas como empresas públicas, sociedades de economia mista e similares,** (grifo nosso) em face dos princípios e regras da impessoalidade, publicidade, moralidade, e, por consequência, motivação, que estão expressos no art. 37, caput da Constituição (a motivação, implícita) independentemente de se aplicar a tais entidades também o art. 173, § 1º, II, da mesma Constituição. Sendo a admissão regular (concurso público: art. 37, II, CF), incidem os princípios do art. 37, caput, inclusive a diretriz implícita da motivação. Perdeu consistência jurídica, portanto, o item I da OJ 247, especialmente após o julgamento ocorrido no dia 20 de março de 2013, no STF, relativamente ao processo nº RE 589998, em que se reconheceu a necessidade de motivação também nos atos de dispensas de empregados por todas as entidades estatais.”⁹⁴

A necessidade de motivar os atos de dispensa de empregados públicos não deve ser entendida como um mero cumprimento de formalidades para dar validade ao ato. Pelo contrário, a motivação é essencial para evitar arbitrariedades, abusos, concessão de regalias e vantagens por intermédio do empregador público. Assim a fundamentação viabiliza o controle administrativo, judicial, do próprio administrado e de toda sociedade. É por intermédio da exposição de motivos que se torna possível realizar o controle de legalidade.

O processo nº TST-E-ED-RR-103400-84.2006.5.03.0010 é um exemplo que ressalta a importância da motivação. O caso se trata de empregada pública que passou em 3º lugar no concurso público para integrar os quadros da Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte – BH TRANS – que, ao assumir o emprego foi alocada para exercer funções diversas de seu cargo. Na petição inicial, a autora alegou que foi vítima de assédio intelectual visto que com frequência fora determinado que alterasse seus textos com correções inúteis, com a finalidade de reprová-la e gerar vaga para apadrinhados políticos.

⁹⁴ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. *RR - 21140-52.2006.5.10.0010*. Recorrente: Jose Antonio Maciel De Barros. Recorrido: RADIOBRÁS - Empresa Brasileira De Comunicação S.A. Relator: Vieira De Mello Filho. Brasília, 25 de novembro de 2014. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=21140&digitoTst=52&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0010>>. Acessado em 12 fev 2015.

⁹⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. *RR 3662400-31.2009.5.09.0010*. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Recorrido: Leoadro Antônio Ferreira de Lima. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 26 abr. 2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%203662400-31.2009.5.09.0010&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAI81AAJ&dataPublicacao=26/04/2013>>. Acesso em: 7 abril 2015.

A testemunha da estatal afirmou que a autora apresentava dificuldades de concentração, de relacionamento com os colegas de trabalho e de compreensão das minutas técnicas e sua adequação em ofícios, sendo necessário, diante disso, constantes revisões em seus textos. Todavia, elucidou que esta não tinha redação deficitária.

Em sua contestação a ré afirmou que “os motivos alegados na contestação como ensejadores da dispensa da reclamante foram, nas suas ‘avaliações de desempenho’, que ela demonstrava ‘pouco interesse, se mostrando insatisfeita e sem motivação’”.⁹⁵

Entretanto, ao ser submetidos os textos à análise pelo Tribunal, testemunhou-se que a ex-empregada não apresentava dificuldade de expressão ou redação deficiente. Pelo contrário, as correções foram consideradas inúteis e totalmente desnecessárias. Além disso, constatou-se que “a peça de resistência desmente tanto as informações da testemunha ouvida a rogo, da reclamada, quanto às contidas na ata da reunião”.⁹⁶ Diante disso, não foi demonstrado pela ré o desempenho insuficiente da autora.

Ante ao exposto, o Ministro Relator afirmou que “a ré, como uma instituição componente da Administração Pública Indireta, embora se sujeite ao regime próprio das empresas privadas (...) também deve obediência aos princípios que regulam a Administração Pública.”⁹⁷ Outrossim, ressaltou a importância da motivação ao declarar que “(...) deve ser feito para se averiguar se houve o exercício correto desse direito pela ré, pois não se poderia aceitar a alegada prática de atos discriminatórios contra a reclamante”.⁹⁸

Malgrado a referida decisão ser anterior a 2013 (caso RE 589998/PI), a motivação dos atos de dispensa mais uma vez se confirmou como essencial para a adequação aos princípios que regem a Administração Pública. Por seu intermédio, é possível constatar eventuais irregularidades praticadas por agente público atuante como representante de estatal.

⁹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos de Declaração em Recurso de Revista. *TST-RR-103400-84-2006.5.03.0010*. Embargante Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S.A. - BHTRANS e Embargada Rita de Fátima Alves Nogueira. Relator: Renato de Lacerda Paiva. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20103400-84.2006.5.03.0010&base=acordao&numProcInt=62566&anoProcInt=2007&dataPublicacao=24/02/2012%2007:00:00&query=>. Acesso em 26 mar. 2015.

⁹⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos de Declaração em Recurso de Revista. *TST-RR-103400-84-2006.5.03.0010*. op. cit., p. 4.

⁹⁷ Ibidem, p. 6.

⁹⁸ Ibidem, p. 3.

3.5 A MOTIVAÇÃO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A motivação dos atos administrativos e em especial a dispensa de empregados públicos é de suma importância para atuar em conformidade com os preceitos e escopo da Constituição Federal. A violação deste princípio corresponde, em ato contínuo, a transgressão também a vários outros princípios constitucionais. Assim sendo, relacionamos os principais princípios atingidos pela motivação dos atos de dispensa:

3.5.1 Da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado constitui um princípio geral do Direito e não se encontra expresso na Lei Maior, apesar de ser constatado em alguns artigos constitucionais (art. 5º, XXIV e art. 170, III, IV e VI)⁹⁹. De acordo com este enunciado, a atividade administrativa deve desempenhar a função de buscar o interesse da coletividade em prol de interesses particulares. Deste princípio decorrem os demais, já que um dos objetivos expostos na Constituição Cidadã é promover o bem de todos sem quaisquer formas de discriminação (art. 4º, IV), e assim busca-se garantir o interesse e o bem de toda coletividade. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, este princípio corresponde a situação diametralmente oposta à autonomia da vontade do Direito Privado.¹⁰⁰ Há submissão da vontade à lei e o dever primordial de zelar pelo interesse público e não apenas a anseios da entidade administrativa ou de seus agentes.

Ao motivar os atos de dispensa, o agente público expõe os reais motivos que levaram à prática do ato de maneira que se torna possível constatar se houve interesses conflitantes com a legislação. Assim, torna-se mais claro constatar se prevaleceu o interesse público sobre qualquer outro.

⁹⁹ Art. 5. (...) XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; Art. 170 (...) III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência; (...)

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 101.

3.5.2 Da Legalidade

Princípio caracterizador do Estado de Direito, corresponde à sujeição do Estado à lei. É por intermédio da lei que o povo (detentor do poder) manifesta a sua vontade e, por conseguinte, impede a atuação autoritária e absolutista de seus governantes.

O referido princípio encontra-se expresso no art. 5º, II da Carta Política no qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Contudo, para os atos administrativos, o princípio da legalidade, também exposto no art. 37, *caput* da Lei Maior, significa que a Administração só poderá agir segundo a determinação legal, com a finalidade atuar em completa submissão e colocá-la em prática.¹⁰¹ Enquanto para os particulares é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, para a Administração Pública só é permitido fazer o que lhe for determinado em lei. Com isso, a atividade do agente público fica restrita ao que lhe foi previamente estipulado. Apesar da existência de atos discricionários, estes são submetidos a um controle de legalidade com vistas a impedir a arbitrariedade e o excesso de poder.

Assim sendo, a justificação dos atos de dispensa permite com que o administrado, os demais interessados e toda a sociedade possam verificar se a estatal atuou estritamente em consonância com os princípios constitucionais que regem a Administração (art. 37, CF) e demais preceitos legais. Caso seja constatada a infringência à lei, a motivação possibilita que o ato administrativo da dispensa seja anulado pelo Poder Judiciário, como foi exposto no caso da BH TRANS supracitado. Com isso, torna-se possível a realização do controle de legalidade e a fiscalização dos atos do Poder Público para que sempre atuem em consonância com a norma evitando-se, com isso, abusos e arbítrios pelo agente público.

3.5.3 Da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade significa que a Administração Pública deverá atuar sem favoritismos, perseguições ou discriminações e se assemelha ao princípio da isonomia, visto que atua sem subjetivismos e privilégios, mas de maneira igual a todos.

Segundo entendimento de José Afonso da Silva, em consonância com esse princípio, os atos administrativos praticados pelo agente devem ser imputados ao órgão representado de

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 104.

tal modo que aqueles externem a vontade da Administração.¹⁰² Deste princípio, decorre a necessidade de realização de concursos públicos (art. 37, XXI, CF) e a exigibilidade de licitação (art. 175, CF).

Fundamentar dispensa dos empregados públicos torna-se ainda mais evidente em virtude deste princípio. Por intermédio da exposição dos fatos e do direito é possível verificar se houve a utilização de critérios objetivos e pré-determinados para a realização da rescisão contratual sem a adoção de subjetivismos. Como se pode constatar no caso da BH TRANS, foi por meio da motivação que se tornou possível constatar a perseguição da estatal para com a empregada com vistas a atingir interesses puramente particulares ao fazer com que “a fila andasse” e, com isso, admitir favorecidos.

3.5.4 Da Moralidade

O princípio da moralidade encontra-se expresso no art.37, caput, da Constituição Federal e é definido pela doutrina majoritária com fulcro no art. 2º, parágrafo único, inciso “n” da Lei 9.784/99 como atuar em consonância a princípios éticos, e a preceitos de lealdade e boa-fé. Maurice Hauriou define como conjunto de “regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.”¹⁰³

A fundamentação da dispensa possibilita verificar se o agente público atuou em observância às leis jurídicas e à ética. Malgrado tenha atuado em conformidade às formalidades legais, por meio da justificação dos atos torna-se possível constatar se a estatal atuou com probidade. Conforme exposto no caso da BH TRANS, a motivação elucidou a realidade dos fatos. Apesar de a empresa pública seguir os ritos formais de avaliação de desempenho, averigou-se que a demissão da ex-empregada designou-se para admitir apadrinhados políticos.

3.5.5 Da Publicidade

O princípio da publicidade visa tornar os atos administrativos de conhecimento de toda sociedade. Como regra geral, todo ato da Administração, que é pública, deve ser divulgado; exceto os de caráter sigiloso, conforme preceitua o art. 2º, V da Lei 9.784/99. Está

¹⁰² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 676.

¹⁰³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. apud Maurice Hauriou. *Précis de droit administratif et de droit public*, 10ª ed., Paris, Sirey, 1921. p. 677.

relacionado com o Estado Democrático de Direito visto que não é possível ocultar os atos ao povo cujo poder emana (art. 1º, parágrafo único, CF). A Lei de Acesso à Informação, nº 12.527 de 18/11/2011 foi um importante marco acerca da necessidade de tornar público os atos da Administração tanto da Direta quanto da Indireta, conforme art. 1º, parágrafo único, inciso II da lei supra.

Em vista disso, ao tornar público os motivos fáticos e de direito que levaram a Administração Indireta, representada pela empresa pública ou sociedade de economia mista, a praticar o ato, torna-se possível ao administrado e a toda sociedade realizar o controle de legalidade e fiscalizar o Poder Público. Além disso, segundo art. 5º, XXXIII da Constituição, “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral (...)”. Com isso, cabe à estatal esclarecer os motivos que levaram à rescisão do contrato de trabalho e torná-los público.

Neste caso, não há o que se falar em sigilo das informações, já que assim como o processo de seleção para a admissão deve ser público, com regulamento claro e bem definido, da mesma forma devem ser os procedimentos para a rescisão contratual. Ademais, não haveria ameaça à segurança da Sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, CF).

3.3.6 Da Segurança Jurídica

Além dos princípios constitucionais expressos no art. 37 da Carta Magna, a motivação da dispensa de empregados públicos também traz concretude ao princípio da segurança jurídica. A ausência de justificativa para o ato demissional traz consigo instabilidade na relação empregatícia. Sem essa explicação respaldada, os empregados trabalhariam com constantes receios e preocupações, podendo ocasionar doenças emocionais e psicológicas diante do extremo estresse em virtude de a qualquer momento terem seu contrato de trabalho extinto pelo uso indiscriminado do poder potestativo de seu empregador. A motivação da dispensa, por outro lado, possibilita tornar claro a todos (tanto administrado como terceiro interessado) o não enquadramento das atitudes do empregado público à norma, a exposição dos fatos que o tornaram inaptos para o emprego ocasionando, diante disso, a dissolução contratual. Com isso, não haveria margens para privilégios ou arbitrariedades de forma que todo interessado teria a segurança de que a rescisão contratual só acontecerá dentro das hipóteses previstas em lei.

Cumprir destacar que não estamos defendendo a tese de estabilidade ao empregado público. A Constituição não o conferiu tal direito, sendo restrito aos servidores estatutários

regidos pela Lei 8.112/90. Ocorre que o oposto de estabilidade não é arbitrariedade. O art. 41 da Lei Maior enumera três hipóteses no qual o servidor público perderá o cargo, quais sejam: mediante sentença judicial transitada em julgado; mediante processo administrativo com ampla defesa e por intermédio de avaliação periódica de desempenho assegurada também a ampla defesa. O empregado público poderá ser sim dispensado. Todavia, segundo nosso entendimento, não deve ser realizado de modo semelhante às das empresas privadas, conforme entendimento de parte da doutrina.

À vista disso, faz-se necessário por fim expor de maneira conclusiva os fundamentos defendidos no presente trabalho no qual apregoamos a motivação nos atos de dispensa de empregados públicos como imprescindível.

CONCLUSÃO

O empregado público é todo aquele que é investido de emprego público tanto na Administração Direta como na Indireta, admitido por concurso público e regido pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho. Todavia, o seu regime jurídico se diferencia dos empregados privados, visto que a Constituição ora o submete às normas de direito público, ora as de direito do trabalho *latu sensu*.

O caráter híbrido decorre de que as empresas públicas e sociedades de economia mista integram a Administração Pública Indireta e, diante disso, tem como fundamento a supremacia do interesse público sobre o privado. Malgrado a disposição constitucional exposto no art. 170, §1º, II de que as estatais exploradoras de atividade econômica devem se sujeitar ao regime jurídico próprio trabalhista das empresas privadas, esta interpretação deve ser restritiva. Isso decorre porque em nenhum outro momento o legislador constituinte fez distinções entre as funções das empresas governamentais. Pelo contrário, a diferença reside entre estas e as demais empresas privadas. Assim sendo, em todos os casos tanto os empregados privados como os públicos se submetem à CLT, todavia para esta última classe, a Constituição Cidadã concedeu-lhe tratamento peculiar.

O art. 37, caput, submeteu toda a Administração, sem distinções, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O mesmo artigo impôs a necessidade de concurso público de provas ou de provas e títulos para a admissão em empregos públicos sendo ainda vedado acumular cargos e empregos públicos, salvo permissão expressa constitucional.

O art. 49, X submete todos os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta à fiscalização e ao controle do Congresso Nacional. Há ainda a submissão de seus atos e contas ao julgamento pelo Tribunal de Contas, conforme elucida o art.71, II e III.

Outrossim, em consonância com o art.165, §5º, o orçamento fiscal das entidades da Administração Indireta também são estabelecidas na Lei Orçamentária Anual, visto que há investimento do capital público.

Inúmeras são as distinções feitas pela Constituição Federal e ainda por leis infraconstitucionais entre as empresas governamentais e as privadas. Desde a sua criação até em um eventual processo de falência o tratamento é diverso, visto ser necessária lei específica autorizar a criação das estatais, além de não se submeterem à lei de falências, já que não podem falir.

Diante desta classificação híbrida dos empregados públicos, o seu regime jurídico, por conseguinte, também se distingue dos empregados privados, apesar de ambos serem regidos pela CLT. Ocorre que, por integrarem a Administração Indireta, não há o que se falar em autonomia da vontade e, por isso, os atos praticados pelos agentes políticos devem ser previamente estipulados em lei com vistas sempre a prevalecer o interesse público sobre o privado. Com isso, o objetivo maior da criação das estatais não é a busca pelo lucro. Caso assim não fosse, não haveria sentido a Lei Maior estipular regras específicas, restrições e proteções para estas empresas e, por conseguinte, não seriam públicas. Por pertencerem ao Poder Público, a principal finalidade é a supremacia do interesse de toda sociedade.

Diante desta assertiva, os atos praticados por agentes públicos integrantes das empresas públicas e sociedades de economia mista são considerados administrativos. Assim sendo, devem seguir parâmetros e formalidades pré-estabelecidos não com o fim de burocratizá-los, mas para concedê-los transparência e viabilizar o controle de legalidade pelos administrados, por qualquer interessado e ainda por toda a sociedade.

Dessa forma, todo ato administrativo deve ser precedido de motivo, sendo este um elemento intrínseco. Todo ato administrativo dispõe de motivo seja este expresso ou implícito. Ocorre que, até a decisão da Suprema Corte em 2013, os atos de dispensa de empregados públicos não necessitavam ser fundamentados, em decorrência da inexistência de norma impositiva. Pelo contrário, até então vigorava Súmula e Orientação Jurisprudencial do TST que negava sua obrigatoriedade. Contudo a decisão do *leading case* modificou esse entendimento com muita propriedade.

Entende-se que todo ato administrativo, em especial os discricionários, devem ser motivados. Esta fundamentação não deve ser entendida como mero cumprimento de formalidades ou ainda não deve ser restrita a indicar a norma aplicável para a situação. É por intermédio da exposição dos fatos e do direito que se torna possível constatar se o ato praticado atua em consonância com a lei e os princípios que a Administração Pública se submete.

Ante ao exposto, a despedida de empregados públicos deverá obrigatoriamente ser antecedida de motivação. Ora, se há necessidade de utilização de critérios impessoais, públicos e legais para a admissão de empregados para as entidades governamentais, qual seja, o concurso público, porque poderia ser adotados critérios menos rigorosos para a sua dispensa? Faz-se imprescindível demonstrar as razões de fato e de direito que leva a Administração Pública, por intermédio de seu agente, a dispensar um de seus empregados.

A motivação da dispensa faz-se de suma importância para evitar a prática de perseguições, abusos de poder e atos discriminatórios (o qual faz-se mister destacar ser um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil exposto no art. 3º, IV, da Constituição) perante o empregado público.

A tese apresentada na presente monografia não é promover a estabilidade a esta classe profissional, visto que a Constituição a conferiu exclusivamente aos servidores estatutários, consoante com seu art. 41. Trata-se, contudo, de expor as justificativas para sua dispensa, a fim de possibilitar ao empregado questioná-las ou mesmo exercer seu direito de defesa perante o Poder Judiciário, caso necessário. A motivação não torna as estatais em posição inferior às entidades privadas, visto que não há qualquer restrição para demitir, mas sua rescisão deve seguir critérios previamente estabelecidos em lei ou norma interna. Caso o empregado cometa algum ato vedado ou caso a estatal estabeleça critérios de dispensa (como necessidade de demissão por problemas econômicos) a demissão é totalmente permitida.

A dispensa, portanto, deverá ser motivada com critérios claros e com fundamentos bem explicitados para que seja possível realizar o controle de legalidade e verificar sua adequação aos princípios submetidos por toda Administração. Caso haja o correto enquadramento da norma e sua justificativa, a dispensa torna-se totalmente legítima e legal.

Conclui-se, portanto, que os atos de dispensa de toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista deverão ser motivados com exposição clara dos fatos e fundamentos, a fim de que seja possível realizar o controle de legalidade e impedir que atos imorais, que prejudiquem, beneficiem ou discriminem empregados sejam praticados no âmbito da Administração, em especial na rescisão contratual. Além disso, defende-se o cancelamento da Súmula 390 e Orientação Jurisprudencial nº 247, ambas do TST, em virtude de não terem mais aplicabilidade após o julgamento do RE 589998/PI já explanado no último capítulo desta obra.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 21.109 DF*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data de Julgamento: 08/05/1991. Data de Publicação: DJ 19/02/1993. Disponível em: <stf.jusbrasil.com.br/jurisprudência/14710177/mandado-de-seguranca-ms21109-df> Acesso em: 18 setembro 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 589.998*. Plenário. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Recorrido: Humberto Pereira Rodrigues. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 mar. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>>. Acesso em: 20 agosto 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ex-Ofício e Ordinário. *RECEXOFF: 1271200531802007 SP 01271-2005-318-02-00-7*. Recorrente: VT e Município de Guarulhos. Recorrido: Ednilson Baptista de Carvalho. Relator: José Ruffolo, Data de Julgamento: 27/05/2008, 5ª TURMA, Data de Publicação: 13/06/2008. Disponível em: <TRT-2.jusbrasil.com.br/jurisprudência/8545918/recurso-ex-officio-e-ordinario-recexoff-1271200531802007-sp-01271-2005-318-02-00-7> Acesso em: 11 novembro 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. *RR 3662400-31.2009.5.09.0010*. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Recorrido: Leoadro Antônio Ferreira de Lima. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 26 abr. 2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%203662400-31.2009.5.09.0010&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAI81AAJ&dataPublicacao=26/04/2013>>. Acesso em: 7 abril 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. *RR - 21140-52.2006.5.10.0010*. Recorrente: Jose Antonio Maciel de Barros. Recorrido: RADIOBRÁS - Empresa Brasileira de Comunicação S.A. Relator: Vieira de Mello Filho. Brasília, 25 de novembro de 2014. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=ConsultaR&conscsjt=&numeroTst=21140&digitoTst=52&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0010>>. Acesso em: 7 abril 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos de Declaração em Recurso de Revista. *TST-RR-103400-84-2006.5.03.0010*. Embargante Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S.A. - BHTRANS e Embargada Rita de Fátima Alves Nogueira. Relator: Renato de Lacerda Paiva. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20103400-84.2006.5.03.0010&base=acordao&numProcInt=62566&anoProcInt=2007&dataPublicacao=24/02/2012%2007:00:00&query=>>>. Acesso em: 26 março 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Enunciado nº 2, I da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho promovida pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e Associação Nacional dos Magistrados de Trabalho (ANAMATRA), de 21 a 23-11-2007.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

CORDEIRO, Ingrid Juliane da Silva. *O princípio da motivação na dispensa do empregado público*. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord.). *Direito Público*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

CORDEIRO, Luis Fernando. *Empregado Público – dispensa imotivada*. E-Book. 2014. Disponível em < https://www.clubedeautores.com.br/book/162061--Empregado_Publico#.UzM6g_lDX3F > Acesso em 25 de março de 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13ª Ed. São Paulo: LTr, 2014.

DE PLÁCIO E SILVA. *Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa: Aspectos do direito material e processual do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. *Temas Laborais*. Coimbra, Almedina, 1984. p. 110. Retirado do livro de SILVA, Antônio Alves da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 1992.

FERRO, Marlúcia Lopes. *O devido processo legal na dispensa do empregado público: com abordagem da Lei n. 9.784, de 29.01.1999*. São Paulo: LTr, 2009.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Ney José de. *Dispensa de Empregado Público e o Princípio da Motivação*. 1ª Ed, 7ª tir, Curitiba: Juruá, 2009.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17ª ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOUAISS, Instituto Antônio. *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KROST, Oscar. *A necessidade de motivação da dispensa do empregado público: observância aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e impessoalidade*. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 6, n. 66, p. 7677 – 7682, ago. 2006.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACIEL. José Alberto Couto. *Comentários à convenção 158 da OIT: garantia no emprego*. São Paulo: LTr, 1996.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa*. Aspectos de direito material e processual do trabalho. São Paulo: Malheiros, 1996.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. Bahia: Editora JusPodvim, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO, Carlos Marcos Batista de. *Despedida Imotivada de empregado público da administração indireta: confronto entre a ficção e a realidade*. LTR, São Paulo, v. 68, n. 9, p. 1099 – 1105, set. 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2ª Ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6ª Ed. rev. e atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2012.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção N. 158 – Término da Relação de Trabalho por iniciativa do Empregador*. Disponível em:<
<https://www.oitbrasil.org.br/content/término-da-relação-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 07 abril 2015.

PINHO, Judicael Sudário de. *Da impossibilidade jurídica de livre despendimento de empregados nas empresas estatais na vigência da Constituição Federal de 1988*. In: SOARES, Ronald; PINHO, Judicael Sudário de. *Estudos de direito do trabalho e direito processual do trabalho: homenagem a Aderbal Nunes Freire*. São Paulo: LTr, 1999. p. 91-118.

RIATTO, Ana Paula Dal Igna. *Algumas considerações a respeito da garantia de emprego do empregado público segundo a Lei nº 9.962/2000 e a necessidade de motivação da despedida nas contratações por pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração pública indireta*. Justiça do Trabalho. Repositório Autorizado de Jurisprudência TST: 08/95. Ano 23, nº 273 – Setembro de 2006.

SILVA, Antônio Alves da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVEIRA, Verena Sapucaia da. *Demissão: Da impossibilidade de dispensa desmotivada de empregados públicos das empresas estatais*. Ciência Jurídica do Trabalho – v. 15, n. 91. Jan/fev. 2012. Belo Horizonte, 2012.

VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. *O devido processo legal como solução para a motivação na despedida*. Revista LTr, v. 78. nº 5, maio /2014. São Paulo, 2014.

VASCONCELLOS, Andréia de Campos. *Dispensa Imotivada: Análise à Luz da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.